سامي الرياحي

العرف والشريعة

مكتبة العربي





سامي الرياحي

العرف والشريعة

سامي الرياحي

العرف والشريعة

بحث في العرف أصلاً من أصول التشريع
إلى حدود القرن الثامن الهجري/الرابع عشر الميلادي



العرف والشريعة
Al-'Urf wa al-Sharī'ah

تأليف: سامي الرياحي
عدد الصفحات: 630
قياس الصفحة: 24X17 سم
تاريخ الطبعة: 2019م
رقم الطبعة: الأولى
التصنيف الموضوعي: 216
الترقيم الدولي: 978-9953-64-030-3

Author: Sāmī al-Riyāḥī
Pages: 630
Size: 17 X 24 cm
Edition Date: 2019
Edition No.: 1st
Subject Classification: 216
ISBN: 978-9953-64-030-3

الناشـــر
مؤمنون بلا حدود
للنشر والتوزيع

Publisher
Mominoun Without Borders
for Publishing & Distribution

المملكة المغربية - الرباط - أكدال
زنقة بهت شارع فال ولد عمير
عمارة 32، الطابق الرابع
ص.ب 11266
هاتف: 537779954 212+
فاكس: 537778827 212+
Email: info@mominoun.com

Morocco, Rabat, Agdal
Rue baht, Avenue Fal ould Oumir
imm 32, 4ème Etage
P.O.Box 11266
Tel: +212 537779954
Fax: +212 537778827
Email: info@mominoun.com

لبنان - بيروت
الحمراء - شارع المقدسي - بناء بلبيسي
ص.ب 113-6306
هاتف: 1747422 961+
فاكس: 1747433 961+
Email: publishing@mominoun.com

Lebanon - Beirut
al-Hamra - Maqdisi St. - Balbisi Build.
P.O.Box 113-6306
Tel: +961 1747422
Fax: +961 1747433
Email: publishing@mominoun.com

www.mominoun.com



الموزع المعتمد في المغرب العربي
المركز الثقافي للكتاب للنشر والتوزيع
المغرب - الدار البيضاء - 6 زنقة التيكر
هاتف: 522810406 212+
فاكس: 522810407 212+
Email: markazkitab@gmail.com

هذا الكتاب هو، في الأصل، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في الآداب العربيّة بعنوان: العرف أصلاً من أصول الفقه إلى حدود القرن الثامن الهجري/الرابع عشر الميلادي. وقد نوقش في رحاب كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية (جامعة تونس) في قاعة فاطمة الحداد يوم 16 حزيران/يونيو 2016م من قبل لجنة تألفت من الأساتذة الأفاضل:

وحيد السعفي (رئيساً)

محمد بن الطيب (مشرفاً)

حسن القرواشي وناجية الوريمي (مقرّرين)

فوزي البدوي (عضواً مناقشاً).

وتحصّل صاحبه عليها بملاحظة مشرّف جدّاً.

فإليهم وإلى كلّ من ساعد على نشر هذا العمل وتحكيمه ومراجعته أصدق عبارات الثناء والاعتراف.

إهداء

إلى والدتي، إلى والدي

إلى زوجتي

إلى ابنيّ: مريم وآدم.

قائمة الرموز

ت: توفي

ج: جزء

د.ت: دون تاريخ

ص: صفحة

ط: طبعة

ع: عدد

م: ميلادي

م.ن: المصدر نفسه أو المرجع نفسه.

هـ: هجري.

Ibid.: مرجع بلسان أعجمي مذكور سابقاً.

المحتوى

المقدّمة

أضحت الحداثة، في عالم المسلمين اليوم، قدراً محتوماً وأمراً مفروغاً منه. وبدا واضحاً أنّ نمط عيشهم التقليدي الذي واكبوه طول قرون، أخذ يتلاشى تدريجياً لتحلّ محلّه مظاهر عيش جديدة قوامها نمط حضاري مختلف ومغاير لذاك الذي ألفوه عهوداً طويلة[1]. وإذا كان أحد أسباب انبثاق ذاك النمط وظهوره في واقعهم يعود في مجمله إلى ظاهرة اختراق العالم الغربي الحديث للمشرق عسكرياً وسياسيّاً واقتصاديّاً منذ القرن التاسع عشر، فإنّ استمرار الهيمنة الاستعمارية غير المباشرة بعد الحرب العالمية الثانية كرّس

---

(1) الحداثة مفهوم شامل وواسع وممتد، وهو يشتمل على مجالات عديدة مثل العلوم والفلسفة والآداب والأخلاق والاقتصاد والفنّ والسياسة والدّين. ويعرّفها جون بودريار (Jean Baudrillard) بقوله: «ليست الحداثة مفهوماً اجتماعياً ولا سياسياً، ولا مفهوماً تاريخياً محضاً، إنّها نمط حضاري مخصوص يخالف النمط التقليدي». أما هنري ميشونيك (Henri Meshonnic) فهو يرفض الاقتصار على مفهوم أحادي للحداثة، ويصفها بأنّها عبارة عن صراع متواصل وحالة ميلاد لا تتناهى بل تتجدّد، إنّها صراع بين المحدث والتقليد ينفي فيه الأول الثاني ويناقضه، إلا أنّ المحدث قد يصبح بدوره قديماً، فيقوم محدث آخر جديد لنفيه. وبهذا تخضع جميع المعطيات لهذه السيرورة اللامتناهية من التحوّلات المطّردة، فلا وجود لمقولات ثابتة بل الكل يخضع بالضرورة لسلسلة من التحوّلات منذ ولادته، فكلّ جديد فانٍ بطبعه».

Jean Baudrillard: “Modernité”, in: Encyclopaedia Universalis, Corpus 12. p.424.
Henri Meshonnic: Modernité Modernité, Paris, Gallimard, coll. Folio essais,2005, p.47.

تبعيّة فعليّة وشاملة، ووثّق ارتباط المسلمين بهذا النمط الحضاري الجديد ذي الأبعاد الكونية. وبمقتضاه اختلّت منظومتهم الثقافية، وبدت عاجزة عن مواكبة نسق هذا الواقع الجديد وطبيعته. ومن البديهي أنْ تتولّد عن هذا التحوّل حالة من الفراغ النفسي والفكري والثقافي نجم عنها وضع تأويلي جديد (une nouvelle situation herméneutique) تفسّره المفارقة بين رغبةٍ في التشبّث الوجداني بمنوال المنظومة الثقافية التقليدية والوفاء لقيمها من جهة، وضرورة الوعي بالتفاعل مع منوال الحداثة وحتميّة التغيّر من جهة أخرى. ولئن كانت قيم الحداثة الجديدة تقتضي، من جملة ما تقتضيه، مراجعة مكتسبات الماضي، ووضعها على محك النقد العقلي والتجربة العملية، والحدّ من ظاهرة تبجيل النماذج المقدّسة المتعالية والاقتداء بها، فإنّ سنن الشخصية الإسلامية الحديثة ما زالت مستمرّة في تقديس الماضي وتمجيده دون اعتراف بنسبيّة ما أنتجه عقلها القديم، ولا بإمكانيّة مراجعته أو إعادة بنائه بمعايير جديدة. وإذا كان مبتغى الحداثة متجهاً صوب تأسيس قيم كونيّة تعلو على الأديان والأجناس واللّغات، فإنّ منوال الثقافة الإسلامية ما انفكّ ينظر إلى تلك القيم بمنظار ما يتّفق مع قيم الإسلام لا بمعناه المجرّد المتعالي والكوني، بل بما يتّفق مع تفاسير العلماء القدامى وتأويلاتهم وتمثلاتهم السابقة للكون والإنسان.

ولئن ظلّ تعامل المسلمين مع قيم الحداثة مراوحاً بين الرفض والاحتراز في الغالب، فإنّ ذلك لم يكن يعني رفضاً مطلقاً لنمط عيشها الذي اخترق مجتمعاتهم منذ عصر النهضة الحديث، فقد عرف النصف الثاني من القرن الماضي تبنّياً لمفهوم الدّولة الوطنية، واعترافاً بالدولة الحديثة باعتبارها قدراً تاريخياً حتميّاً لا مناص منه، إذْ طفقت مختلف التجارب ساعية إلى بناء منوال شبيه بالغرب أو مستورد منه يعمل من أجل تحقيق الأهداف ذاتها التي سعت إليها الدولة الحديثة في مجال نشأتها الأصلية، وأهمّها ترسيخ مبدأ المواطنة وبناء حكم ديمقراطي، بيد أنّ واقع تلك التجربة شهد مساراً

مختلفاً، وكشف عن صعوبة تقبّل العقل الإسلامي لقيم الحداثة ومبادئها، ولاسيما في المجالَيْن السياسي والقانوني، فلا يمكن إنكار ما عرفته تجربتهم السياسيّة الحديثة من تقلبات وانعدام للاستقرار كان يترجمه دائماً التشكيك المتواصل في مشروعية الدولة الوطنيّة وجدواها في ظلّ استمرار الإخفاق الاجتماعي وعدم القدرة على تحقيق الأهداف التي جاءت من أجلها، ولا مهرب من تجاهل ظاهرة انحسار دورها التدريجي وضعفه المتواصل الذي كان يوحي دائماً بتعاظم عدّة مخاطر تهدّد كيانها بالاندثار والتلاشي، ويفضحه في ذلك افتقاد القدرة على تأصيل مفهوم المواطنة وتطويره، والعجز شبه التّام عن ملء الفراغ الذي خلّفه انهيار البنى التقليدية للمجتمع بالشكل المناسب، مثلما يتجلّى في مظاهر الخلل والتناقض القائمَيْن في مشروع تحديث القوانين والشرائع التي كانت تتوسّل في الغالب بالشريعة الإسلامية لإضفاء الطابع الإسلامي على ذاك المشروع.

ولعلّ في استمرار الجمع السطحي والظاهري والعفوي والتلفيقي بين مرجعين مختلفين من مراجع الفكر والتشريع ونمط العيش ما كرّس أزمة ما زالت الثقافة الإسلامية تتخبّط فيها منذ انبلاج فجر العصر الحديث، فإذا كان الغربيون قد أوجدوا انسجاماً بين نمط عيشهم وقيمهم التي اختاروها وجعلوها تتفاعل تاريخياً مع التطور التدريجي لمقولة الحداثة، على الرغم من انتكاساتها العرضيّة، فإنّ المسلمين ظلّوا متمسّكين بزمن ثقافي ينطوي على تناقض بين قبول بالحداثة نمطاً حضارياً وواقعاً حتمياً لا غنى عنه، ورفض لمقولاتها وقيمها التي تبدو لهم متعارضة مع أسس الضمير الدّيني الإسلامي. وإذا كان هناك اقتناع تام يبلغ حدود اليقين الجازم باستحالة تغيير هذا النمط بمنوال الزمن الثقافي التقليدي القائم في جوهره على مطلب إعادة تطبيق الشريعة وإحياء مفهوم الدّولة الإسلامية إجرائياً وعمليّاً في صورتها النموذجية التي تحفل بها كتب التراث الدّيني والفقهي، فإنّ ذلك لا يعني بالضرورة طيّ صفحة الماضي بإشكالاته وغموضه والتباس بعض مفاهيمه. إذْ لا تزال بعض

قضاياه اللامفكّر فيها والمسكوت عنها أحياناً عقبةً نفسيّة وذهنية أمام تحوّل المسلم المعاصر نحو إصلاح قيمه وفكره وسلوكه. وعلى الرغم من تضمّن الشريعة المستمدّة من هذا الماضي أحكاماً قانونيةً متعارضةً، جوهرياً وفي الغالب، مع قيم العصر، ناهيك عن صعوبة تطبيقها وتنفيذها وإجرائها في الواقع الحديث، وهو ما يجعلها معطلة عملياً، فإنّها تظلّ في متخيّل المسلمين العاديين حاملةً صورة المجتمع المثالي، ومصدراً من مصادر اليقين والحق، وينبوعاً روحياً، ووصالاً تعبّدياً مع الله، وسبيلاً للسمو بالنفس[1].

قد تكون وراثة التصور المثالي والسحري لعصر الشريعة الخالي، باعتباره عصراً مثاليّاً لم يعرف الاضطراب ولا التوتّر ولا دمار الطبيعة كما يراه المسلم اليوم، عاملاً مساعداً على انتشار فكرة التشبث بالشريعة حلاً لإخفاق الحداثة في العالم الإسلامي في تحقيق طموحاتها. وخلافاً لهذا التصور المتعالي عن منطق التّاريخ، عرف المسلمون قديماً، في ظل تشبثهم بالشريعة، مراحل من الاضطراب والبؤس والعنف والفساد والتمرّد والردّة والفشل أحياناً دون أن يؤول إلى انفصال تام ونهائي بينهما، وهو ما يجعل التساؤل قائماً حول أسباب استمرار هذه المنظومة التي أرساها العلماء وصمودها، على الرغم من كثرة المتغيرات العاصفة التي عرفها تاريخهم.

وهكذا، وفي ظلّ استمرار تصوّر قائم على متخيّل ديني مثالي يحرّك وجدان ملايين المسلمين عن صورة الشريعة ومعناها وغاياتها[2]، ألا يحقّ

---

(1) حلاق، وائل، الدّولة المستحيلة: الإسلام والسياسة ومأزق الحداثة الأخلاقي، ترجمة عمرو عثمان، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسة، الدّوحة، ط1، 2014م، ص20.

(2) من المهمّ اليوم عدم إغفال دور المتخيّل الديني أو الاجتماعي في بلورة أفكار جذرية ومتصلبة، فهي جذر لكلّ حياة إنسانيّة، وهي منبع لا ينضب للتجديد. إن الفرد، بقدر ميله الدائم إلى الطوباوية التي تعني الحلم بنظام اجتماعي مثالي أكثر عدلاً، يجنح أحياناً إلى الانغلاق، فيرى في الفكر الموروث فردوساً مفقوداً كلما اصطدم بعقبات =

لنا القيام بمراجعات نقدّية غايتها رفع الالتباس عن واقعها الحقيقي، ومراحل التطور الفعلية لمفهومها، ووسائل تطبيقها وإجرائها في التاريخ؟ ثمّ ألا يحقّ لنا أن نتساءل عن منوال الانتظام التشريعي والقانوني، الذي حكمهم طول قرون، وعن طبيعة الأحكام التي أوجدوها لتطبيقها على واقعهم؟ أكانت الشريعة مجرّد منوال نظري جاف خاضع لمراتب المصادر والأدلّة الصارمة أم كان واقعها مختلفاً عن الصورة التي رسخت في أذهاننا ومازالت رائجة عند عامّة المسلمين؟ ألم تستخدم نخب الإصلاحات القانونية الحديثة الشريعة ذاتها مصدراً من مصادر القوانين في صياغة المنظومة القانونية الجديدة بما فيها الدساتير؟ أكان ذلك عاكساً لارتباط وجداني بها أم يُظهر عُسر التخلّص من إرث تشريعي قديم ارتبط عضوياً بمنوال دولة بات مستحيلاً تحقّقها اليوم؟[1].

من الطبيعي، إزاء كل تلك التحدّيات والأسئلة، أن نعاود اليوم البحث في مفهوم الشريعة وكيفية تطور منوالها انطلاقاً من النصوص التأسيسية الأولى إلى حدود النصوص الأصولية الحاسمة في تأويلها ورسم معالمها التاريخية الكبرى ضمن المجالات التي تخصّصت فيها. وقد يبدو مجدياً أن يكون علم أصول الفقه هو المنطلق الأساسي الذي ننتخبه مادّةً لدراسة هذه الظاهرة في تشكّلها وتطورها التاريخي. فهو النّاظم الأساسي لها وعمادها النّظري الصلب الذي عُدّت بمقتضاه لدى علماء الإسلام من أعظم العلوم الشرعيّة. وهو إلى

= في واقعه المعيش. راجع مقدمة ماهر الشريف في كتاب: تأسيس المجتمع تخييلياً، لكورنيليوس كاستورياديس، ترجمة ماهر الشريف، دار المدى، دمشق، ط1، 2003م.

(1) يكاد يكون هناك إجماع قاطع في الفكر العربي المعاصر حالياً على استحالة استعادة تطبيق الشريعة وإحياء الدّولة الإسلامية، ومن المصادفات أن تظهر إلى الساحة بعض العناوين المتشابهة التي تعكس هذه القناعة، على الرغم من اختلاف مناهج الدراسة والنقد بينها، ونذكر من أهمّها: الفكر الأصولي واستحالة التأصيل لمحمد أركون، والدولة المستحيلة لوائل حلّاق.

ذلك قاعدة الشّرع وقوام الدّين عند الشيعة والسنّة[1]. وعلى الرغم من اعتقادنا الجازم بأهمّية هذا العلم الكامنة في اعتنائه المباشر بأدلّة الشريعة ومصادرها بما يساعدنا على استخلاص مميزات مفهومها، كما ساد تصوراً وتأويلاً عند أهمّ نخب علماء الإسلام، فإنّ الاقتصار على دراسة الأدلة الأصلية الكبرى واستخلاص صورة الشريعة منها قد لا يُعدّ كافياً لتبيّن سيرورة هذه المنظومة التشريعية القانونية وتقلباتها في الواقع التّاريخي. وعلى الرغم من أنّ تلك الأدلّة تتضمّن إحالات على الأدلّة التبعية الصغرى، جرت العادة على إغفالها وتوهّم دورها الثانوي. والحال أنّها كانت من المقومات الرّئيسة لها، وأحد أبرز مكوّناتها في عملية التفاعل بينها وبين الواقع.

ولعلّ ما يشرّع بحثنا أكثر هو منطلقات الإصلاحات التشريعية والقانونية الإسلامية الحديثة، التي واجهت تحدّيات اختراق الحداثة لبلدانها. فقد كانت مظاهر الازدواجية القانونية والتشريعية تلوح أمام المسلمين منذ القرن التاسع عشر واقعاً قائماً أمام أعينهم تجسّدت بالخصوص في مزاحمة القوانين الوضعيّة المدنية لأحكام الفقه الإسلامي وسلبها لسلطتها التشريعية والقضائية التي كانت حكراً عليها وحدها لقرون طويلة. ولئن كان استلهام الحداثة قد مرّ عبر مسلك الأخذ بالقوانين الغربية ذات المنشأ الأوربي، فإنّ ذاك كان حافزاً لدى المصلحين المسلمين الأوائل للوعي بضرورة تجديد مصادر التشريع مواكبتَها للتاريخ. وقد ظهر ذلك جليّاً في تقديرهم قيمةَ الالتفات صوب الأدلة التبعيّة مثل المصلحة والاستحسان والعرف، وما يمكن أنْ تمنحه من طاقة تجدّد الشريعة بجعلها متحرّرة من قيود النّص وثوابته، ومتّجهة صوب معالجة القضايا المطروحة على الواقع الاجتماعي بالكيفية ذاتها التي يعالج بها القانون المدني الحديث. وفي ظلّ هذا الوضع أخذت منزلة العرف تتعزّز تدريجياً لأسباب متنوّعة ومتشعبة. فقد فرض مطلب توحيد القوانين

---

(1) ابن خلدون، عبد الرحمن، المقدّمة، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ت)، ص359.

والتشريعات أخذ شرطيْن أساسيَّيْن في الاعتبار هما: مراعاة أعراف القبائل والمناطق الواقعة على هامش المركز، وتوثيق عُرى التواصل مع أصول الشريعة الإسلامية باعتبارها إطاراً إيديولوجياً محدّداً للهوية الوطنية، ومسهماً في مقاومة رواسب الاستعمار الثقافية[1]. ومن ثَمَّ كانت إشكالية الجمع بين المظهر الحديث للدولة الوطنية، التي تقتضي وحدة الشعب والمجال ومركزية السلطة، وواقع التعدّدية الثقافية والتشريعية السائد والموروث عن الدولة السلطانية التقليدية، من العوامل الكبرى التي دفعت إلى مزيد الاعتناء بدراسة العرف مصدراً من مصادر التشريع العمليّة الرّاسخة في تلك المناطق، ومظهراً من المظاهر المعيقة للتجانس القانوني الذي تقتضيه الدّولة الحديثة عادة[2].

---

(1) يشير عدد من الباحثين إلى هذا العامل من خلال الاستدلال بسياسة الاستعمار البريطاني في الهند والاستعمار الفرنسي في الجزائر، فقد عمد البريطانيون، تطبيقاً لمبدأ تحديث المجتمعات المتخلّفة، إلى تدوين القوانين العرفية في شبه القارة الهندية، واعتمادها قانوناً مدنياً في بعض المناطق، وأيّدت فرنسا استحداث محاكم خاصة بالأمازيغ في مناطقهم من خلال تدوين أعرافهم واعتمادها مصدراً للتقاضي فيما بينهم. وتجدر ملاحظة أنّ تلك الأعراف ظلّت غير مقبولة لدى الحكومات الإسلامية المتعاقبة قبل الاستعمار. وينظر عدد من المصلحين المسلمين إلى تلك الأعمال على أنّها تحدٍّ للإسلام وتشجيع على الانفصال السياسي والثقافي لهؤلاء السكّان عن أوطانهم الأصلية. للمزيد: انظر مقال: «عرف» (URF) في: دائرة المعارف الإسلامية (النسخة الفرنسية)، لـ ف. هـ. ستيوارت (F.H. Stewart)، المجلّد10، ص959-962.

(2) لم تكن دراسة العرف في الواقع القانوني الإسلامي الحديث حكراً على المسلمين دون سواهم، فقد وجه الغربيون أنظارهم نحو هذه المسألة بالدّرس وكشفوا عن صور توظيفه التي لم تسهم في هشاشة الخطاب القانوني الحديث بل في تعقيد الأوضاع القانونية للمجتمعات الإسلامية، فتوظيفه من خلال كسائه رداء إسلامياً لم يكن مساعداً على وضع حالة من التجانس بين المصدر التشريعي الإسلامي القديم ومصادر القانون الحديثة، ففي مصر مثلاً التي تعرف دولة مركزية قوية يميل المشرعون إلى طمسه وإخفائه في الأدلة الإسلامية وفي اليمن التي تعرف شكلاً من أشكال دولة مركزية أضعف يُعترف به في قانون أسواق صنعاء، ويدمج علناً في =

وطُرح في الأثناء سؤال عميق ومحوري عن طريقة إدماج المعايير الاجتماعية المنفلتة من أيّ تصنيف في هذا التصوّر الاستثنائي للقانون ذي الرّوافد المتعدّدة (قانون وضعي، شريعة إسلامية، قانون عرفي). وإذا كانت معظم الأجوبة حريصة على بيان وظيفة الفرز واستبعاد ما لا يتطابق مع مبادئ الشريعة في تاريخ الفقه والأصول لتأكيد الاقتناع بضعف قدرات المنظومة الفقهية والأصولية على الإبداع وخضوعها لسنن الجمود والثبات[1]، فإنّ ذلك التفسير لم يكن مستوعباً لتاريخ الجدل الطويل حول هذه المسألة وتعدّد مناهجه ووسائله ومفاهيمه، بل اختلاف المراحل الثقافية التي تغيّرت فيها طرق التعامل مع هذا المصدر.

وعلى الرغم من إقرارنا بأنّ الإصلاحات القانونية الحديثة المستوحاة من تجربة الحداثة الغربية قد عجّلت في تغيير وضع العرف القانوني بتحريره من أدوات الفرز الفقهية والأصوليّة القديمة، ودفعه إلى ما وراء الحدود التي كانت تسمح بها تلك المنظومة، فإننا لا يمكن أن نعزو ذاك التحوّل إلى ما استلهمه المسلمون من تلك الإصلاحات فحسب، بل قد يكون من المجحف إنكار الحيوية الداخلية التي ميّزت التراث الإسلامي على مدى قرون، وكيفية

= أجزاء من القوانين المدنية والجزائية دون نزع الطابع الإسلامي المصطنع عنه، وفي بعض المجتمعات الإفريقية يلتقي التشريع الإسلامي ذو الأصول المالكية بأعراف البدو الرّحل، ومن ثم يكتسي كل قانون مدني حديث صبغة اجتماعيّة وجغرافية مخصوصة ويجعل مواطني تلك الدول متقلّبين بين وضعهم الجماعوي (Communautariste) المنشد إلى التقاليد العرفية ووضعهم باعتبارهم مواطنين حينما يحتكمون للقوانين المدنية في المحاكم الوطنية، راجع مقال برنارد بوتيفو:

Bernard Botiveau, «Droit Islamique :du Politique à l'anthropologique», in: Droit et société. N 15.1990. p.185.

(1) تنسب هذه الأجوبة عادة إلى كوكبة من المستشرقين المتأثرين بالمنهج المقارن، والذين كانوا ينظرون إلى الإشكالية من منطلق علاقة التشريع الإسلامي بالتشريعات الأجنبية (البيزنطية والفارسيّة)، وأشهرهم موراند (Morand) وميو (Milliot) وشاخت (Schacht).

تشكّل مفاهيمه من خلال سيرورتها وتفاعلها مع مختلف المتغيّرات الثقافية التي رافقتها. ولذلك نفترض أنّ العرف خضع لمسار من التحوّل الداخلي والتدريجي في المنظومة الأصوليّة، خلافاً لما شاع عند المحافظين والمستشرقين على حدّ سواء من اعتقاد بثبات التراث وعدم قدرته على التأقلم مع المتغيّرات الاجتماعية، وهي الرؤية التي تعكس مستوى من النّظر القائم على التعميم والسطحيّة. ففي المستوى الأكثر دقّة وعمقاً يمكن الانتباه إلى مسار آخر خضع فيه العرف للتحويل والتغيير المستمرّين مفهوماً وإجراءً مثلما شهد إعادة بناء وصياغة انطلاقاً من متغيّرات عديدة كان يواجهها الفقهاء ويعملون على مواكبتها وإيجاد حلول لها. فكيف يمكن تفسير امتداد التشريع الإسلامي التاريخي الطّويل وتنوّع طرق استيطانه ونفاذه في عدد من مناطق العالم القديم؟ وكيف حافظ هذا التشريع، على الرغم من صرامة بنيته الدّاخلية ومراتب مصادره الأصلية، على درجة لا بأس فيها من المرونة مكّنته من الاستمرار والمحافظة على ديمومته في العصور الكلاسيكية؟ ثمّ ألم يكن علم أصول الفقه عماد الهوية الثقافية لذاك التشريع، وضامناً لعدم انقلاب تلك المرونة إلى عامل من عوامل التقوّض والهدم والفراغ؟

ومن منطلق هذا الافتراض سوف يرتكز بحثنا في جوهره على تبيان مدى قدرة التأويلية الأصولية القديمة على بناء رؤية مخصوصة لإشكالية العرف في صلته بمنظومة التشريع الفقهية المتنوعة وأثره في تشكّل مفهوم الشريعة تاريخياً، بعيداً عن المسلمات القديمة والمتداولة تلك التي رسخت في متخيّل عامة المسلمين وضمائرهم.

في المقاربة والإشكالات والمقاصد:

إنّ مدار البحث هو تبيّن حدود سلطة العرف ضمن أدلّة أصول الفقه ومدى تأثيرها في صياغة أحكام الشريعة. وقد حتّمت علينا دراسة هذه الإشكالية والخوض في مفاصلها الكبرى أن نحدّد جملة من الفرضيّات

المساعدة على بناء تصوّر متماسك لهذا البحث. ونعتقد أنّ الانطلاق من تحديد تصور التراث الأصولي لمفهوم العرف، ومشكلة الالتباس الحاصل بينه وبين مفاهيم متقاربة ومتشابكة ومتراسلة، من شأنه أن يقودنا إلى تبيّن القواعد المعرفية والآليات الذهنية التي أسهمت في صياغة مجمل التصّورات حوله. ونحسب أنّ الانفتاح على الدلالات الكونية من مختلف فروع المعرفة الحديثة قد يتيح لنا توسيع أفق البحث من خلال رصد جملة من المقارنات تبيّن لنا خصائص الثقافة التقليدية المنشدة إلى نظام اجتماعي مخصوص يختلف عما هو موجود في العالم الحديث والمعاصر من جهة دور أنواع القرابة وطابع العيش الاقتصادي وأدوات التواصل ووسائط المعرفة التي كانت تسهم في صياغة تأويل يتطور تدريجياً وفق تغيّر تلك العوامل وتبدّل سياقاتها.

إنّ المقاربة المفترضة في هذا البحث -وإن كانت تتنزّل ضمن مباحث تاريخ الأفكار- لا تنشغل بمسار تطور التفكير في المسألة فحسب، بل تبحث عن مختلف العوامل الفاعلة التي أسهمت في صياغتها ضمن تصوّر أصولي تاريخي وإنساني لسلطة العرف على التشريع الإسلامي. ولذلك إذا كان بحثنا مقيّداً بمنهج تاريخي يدرس المفهوم وتجلّياته في المدونة انطلاقاً من النشأة والتأسيس مروراً بمراحل التحوّل إلى حدود استقراره وثباته ورسوخه، فإنّه لا يعني البتة الوقوع في سردية عرض الآراء بمعزل عن التحليل الذي يراعي المكونات الثقافية المساهمة في بلورة رؤية كانت تتشكّل تدريجياً ضمن الدّائرة التأويلية الخاصة بها[1]، فهي جماع تفاعل بين المكونات والأجزاء المترابطة

(1) يعني مفهوم الدائرة التأويلية أو الحلقة التأويليّة (Le cercle herméneutique) أنّ أي تأويل لا يمكن أن يتحرّك إلا ضمن دائرة تتراكب من أجزاء ومن كليات، فالأجزاء لا يمكن فهمها إلا في ضوء الكل، والكل لا إمكان لفهمه إلا في ضوء تلك الأجزاء. وهي تتمثّل أيضاً في الرّبط الدّائم بين ما يلحق من فهم العلامة وما يسبق منه. وبعبارة أخرى يتجسّد في اختبار المتقدّم من المعارف حيال المتأخّر منها. فعندما نتصدّى لدراسة علامة ما يتوجب الرّبط بين المدرك الحيني منها وما يحوم حولها من =

والمفاهيم الصغرى والكبرى كما صاغها العقل الأصولي وشيدها انطلاقاً من بسط تصوّر حول النصّ يمرّ عبر أسس قواعد تفسير أرساها وجعلها سياجاً له ضوابط محدّدة في تأويل صلة النص ذاته بالواقع من جهة، ويضع مبادئه التوجيهية التي يصوغ وفقها أحكام التشريع من جهة أخرى. وبهذا المعنى لن ينحصر بحثنا في مجرّد الوقوف عند مراحل تغيّر دلالة العرف، بل تبيّن جذور تكونها وشروطها والعوامل المتشابكة في تطور المفهوم.

لهذه الأسباب كان عماد بحثنا ومنطلقاته الأساسية قائماً على اختيار مدونة الأصوليين الكبرى، التي شكّلت معظم مفاهيم العقل التشريعي الإسلامي إلى حدود يومنا هذا بدءاً من مرحلة الشافعي التأسيسية، مروراً بمرحلة الجويني الحاسمة التي جدّد فيها القوالب التأسيسّية من خلال إدماج المباحث الكلامية الكبرى، وصولاً إلى مرحلة الشاطبي التي حاول من خلالها إنقاذ علم الأصول ومن ورائه العقل التشريعي مما تردّى فيه من جمود وانغلاق.

لقد استدعى منّا هذا الأمر أن نضبط حدود الإشكاليات في جملة من الفرضيات تستند إلى حقول معرفية متعددة. منها ما يتصل بإشكالية التأويلية الإسلامية التقليدية وكيفية تعاملها مع النص المقدّس في ظلّ متغيرات تاريخية

= أفكار سابقة. ومن شروط الدائرية استناد البناء إلى المعروف والمعهود والمألوف السابق، فيحاول المؤول البحث عن منزلات دلاليّة في المستجدّ من النّصوص حتى تضحي للمعروف والمألوف شرعيّة دائمة مستغرقة في الزّمان. «وفي هذه الحالة لا يقوم المؤوّل سوى بتوسيع ذاكرة النصّ لكي يكون قادراً على استيعاب المستجدّ الاجتماعي». عن: بن عياد، محمّد، في المناهج التأويليّة، كلية الآداب والعلوم الإنسانيّة، وحدة البحث في المناهج التأويلية، صفاقس، 2012م، ص88. للتوسع انظر: بولتمان، مسألة الهرمنيوطيقا، ترجمة د. علي حاكم صالح، مجلّة قضايا إسلامية معاصرة، العدد 59-60، صيف/ خريف 1435هـ/ 2014م، ص110.

C. Mantazavinos, Le cercle herméneutique: de quel type s'agit-il?, in: L'année sociologique vol. 63/2013. No 2. p.510.

كانت تفرض نفسها على هذا التأويل وجهازه المفهومي. ومنها ما يتصل بدور العناصر الاجتماعية الإناسيّة في توجيه ذاك التأويل والتأثير فيه. ومنها ما يتعلق بسؤال جوهري يصل الماضي بالحاضر، ويوضح صورة غير نمطية عن كيفية تعامل علماء الإسلام مع قضايا التغيير والتجديد أساسها الوعي المتواصل بضرورة التعديل المستمر للأطر التشريعية الثابتة إزاء تحوّلات الواقع الاجتماعي والتّاريخي.

وقد وزعناها إلى أبواب ثلاثة؛ فكان الأول عبارة عن مقدّمات تتنزل من المسألة منزلة الأطر المنهجية والنظرية والتاريخية فصلناها بدورها إلى ثلاثة. كان مدار الفصل الأول فيه مراجعة ما كُتب حول هذه الإشكالية وتبيّن حدودها. واقتضى ذلك فصلاً ثانياً عقدناه لبيان زوايا النّظر المتنوعة التي انشغلت بتقديم حدود لغوية واصطلاحية مفيدة في الكشف عن زوايا أخرى لقراءة الإشكالية وتطوير سبل النّظر فيها. ثمّ مررنا إلى فصل ثالث ضروري لبيان العلاقة التأسيسية التي جمعت العرف بالنصوص الأصليّة للإسلام. ولا نخال أن يكون مبحثنا مفيداً إذا صرفنا النظر عنها.

ومثّل الباب الثاني جوهر الإشكال وموضوعه الرئيس، واستأثر بالنصيب الأوفر من البحث، فكان مسعاه الكشف عن الصلات الجامعة بين العرف مصدراً عفوياً للتشريع في مراحل التأسيس وسائر المصادر الأصلية والتبعية، انطلاقاً من المقدّمات التأويلية الضرورية التي صاغها الخطاب الأصولي. فتبيّنا دوره في فهم الخطاب الشرعي وقيمته في إنتاج دلالاته وتأويلها. ثم اتجه نظرنا إلى صلته بالأدلّة الأصلية، وانكشف لنا جزء من دوره الخفيّ والتكويني في بناء مفاهيم تلك الأدلة ومبادئها. أما صلته بالأدلّة التبعية فهي الأكثر إثارة للجدل. فإن كانت تخامرنا الشكوك في مدى إسهامه في ابتداع تلك الأدلّة تبعاً لرغبة الأصوليين في تحاشي الاعتراف الرسمي والمباشر به، فإنّ توسّع الاهتمام بتلك الأدلّة ساعد تدريجياً على تبلور فكرة الاعتراف بالعرف وإن كان ضمن نطاقها.

ويرد الباب الثالث لمعالجة المسألة في أفق الفكر الأصولي وامتداداته بعيداً عن قصره عند حدود الأدلّة والمصادر. فعلم الأصول هو علم الاجتهاد. ومن ثمّ أمكن لنا أن نعالج الإشكالية المطروقة في الفصل الأول ضمن مباحث الاجتهاد ذاته ومجالاته وشروطه التي لا تنكر دور العرف فيه. ثمّ تطرقنا إلى صلته بمبحث الفتوى ومبادئها والقضاء وقضاياه التي لم تكن أسسها منفصلة عن المبادئ التوجيهية التي وضعها علم الأصول، ولم تكن ممارساتها منعزلة عمّا تثيره الأعراف والممارسات من مشكلات تحوم حول كيفية المواءمة بين ثوابت النصّ ومتغيّرات الواقع. أما الفصل الثاني فقد خصصناه لدور العرف في صياغة القواعد الفقهية وبناء مقوّماتها وإضفاء الطرق الناجعة على أدوارها. ثم ختمنا بالفصل الثالث الذي خصصناه لمنزلة العرف ضمن نظرية المقاصد المتفرّعة عن الفكر الأصولي القديم، وحاولت تجديده وإنقاذه من جموده ومما تكلّس فيه. وقد أبرزنا ما لدور المقولات الكلامية التي استثمرها الشاطبي من أسلافه الأشاعرة من أهميّة في إعادة صياغة مفهوم الشريعة على مبدأ المصلحة في الدنيا والآخرة. ومن ثمّ صياغة فهم آخر للتكليف الذي تكون غايته تطبيق مبدأ التوفيق بين المشقة والرّخصة من خلال قانون العادة الإلهي لتحقيق التوازن المنشود في التكليف بين الديني والدنيوي. ولم يكن هذا المشغل امتداداً لمعضلات الفكر الأصولي بل كان هاجساً يستحضر السياق التاريخي للمجتمع الأندلسي الذي شاعت فيه العادات المتناقضة حينها.

إن الغاية المرجوة من هذا البحث -وإن كانت تحوم حول إعادة النّظر في بعض المسلمات الراسخة في مباحث الفكر الإسلامي التي طغت عليها المقاربات التمجيدية والتبجيلية والتبريرية، وأسهمت من حيث لا تدري في شيوع الكثير من المغالطات حول التراث والفكر الأصولي- تسعى إلى إماطة اللّثام عن دور الأصوليين في تحيين منظومتهم وتعديلها باستمرار في ضوء التحوّلات دون المساس بجوهرها المتفق عليه سلفاً. ومن هنا يرد مثال

العرف مجسّداً لهذا العمل. فقد عرف مفهومه تحوّلات وشهدت طريقة التعامل معه تنوعاً. وكشف من خلال ذلك عن دوره الخفي والمؤثّر في جعل الشريعة تواكب التحولات التّاريخية عمليّاً، على الرغم من احتفاظها بقوالبها النّظريّة الجاهزة. وقد يكون ذلك سبباً من أسباب ظهور المواقف المتناقضة أحياناً عند البعض حينما يقدمون العرف أو المصلحة على النصّ في بعض اجتهاداتهم وفتاويهم وأحكامهم.

وقد يبدو مفيداً، قبل الختام، الإشارة إلى أنّ أكثر مصاعب هذا البحث وأشدّها وعورةً اتساعُ المدونة التي اشتملت على ستة قرون وكثرة مؤلفاتها. وهو ما عسّر مهمّتنا في جمع المادّة، وشتّت ذهننا منذ البداية، ولاسيما أنّ العرف كان دليلاً جزئياً مهمّشاً لم تخصّص له فصول شأن الأدلة الأخرى. بل كان منتشراً ومبعثراً في شتى الفصول، متخذاً تسميات متعدّدة وتندرج في صلبه مفاهيم جزئية قلّما ينتبه إليها الدّارس، ويعيرها اهتماماً مثل قرائن الأحوال، ومجاري العادات والضرورات، مثلما كانت مفاهيمه ملتبسة مع أخرى في الفترات التأسيسية قبل أن يترشّد العلم ويشتدّ عوده. ومع ذلك، انتبهنا إلى كلّ تلك المصاعب، واستطعنا بفضل عدد من المراجع الأجنبية الجادّة -والحق يقال- أن نميّز بين مراحل تطور مفهومه، مثلما أمكن لنا أن ندقّق في اصطلاحاته المختلفة بحسب تنوّع المذاهب الفقهية والمدارس الكلاميّة وتطور المصطلحات الأصولية ذاتها.

وأخيراً، يقتضي الواجب منّا، بعد أن تحوّل هذا البحث من مجرّد فكرة إلى أطروحة كاملة، أن نتوجه إلى الأستاذ الجليل محمّد بن الطّيب بجزيل الشكر وخالص الثناء لتفضله بقراءة هذا البحث وإفادتنا بملاحظاته السديدة وآرائه المفيدة. فقد صاحبنا أيام التعثّر في فهم الكثير من زوايا هذا البحث ومداخله ومخرجاته، وفتح أمامنا آفاقاً، وراجع سقطاتنا فصوبها، واستطعنا بفضله أن نتدارك ما في عملنا من ثغرات وهفوات، فإليه أعمق عبارات الاعتراف بالجميل.

ولا يسعنا في نهاية هذا التقديم إلا أنْ نتقدّم بجزيل الشكر إلى كلّ من ساعدنا وشدّ على أيدينا حينما بدأت تساورنا الشكوك في بلوغ المبتغى لطول البحث وكثافة المراجع. ونذكر منهم: أيمن شبانة الأستاذ المتخصص في الدراسات الإسلامية في جامعة جورج تاون (George Town) (فرع الدوحة)، فبفضله تمكّنّا من الاطلاع على أهمّ ما كُتِب في المسألة في الجامعات الأنجلوسكسونية، مثلما اطّلعنا، من خلال أطروحته، على ما توافر من المدونة التراثيّة، فوجهتنا إلى حيث ينبغي أن نتوجّه، وإلى الأساتذة الأجلاء: توفيق بن عامر، الذي وضعنا معه الخطوط العريضة أثناء الإشراف على الأطروحة في البداية، قبل إحالته على التقاعد، وعبد المجيد الشرفي الذي منحنا أفقاً لإثراء العمل بما اقترحه علينا من مراجع قيّمة وسعت نطاق البحث، وحسن القرواشي المتخصّص في الدراسات الإسلامية المسيحية المقارنة في جامعة تونس، لما أفادنا به من صائب ملاحظاته الكثيرة قبل قراءة البحث وبعده. ولا يفوتنا ذكر فضل الصديق معز الخلفاوي أستاذ التشريع الإسلامي في جامعة توبنغن (Tübingen) في ألمانيا الاتحادية علينا، فقد كان أوّل من نبّهنا إلى قيمة تلك الدّراسات والمراجع وأبرز أعلامها، فكانت فائدة ملاحظاته عظيمة.

فإليهم جميعاً، وإلى كلّ من أفادنا بملاحظة أو فكرة أو مرجع، أسمى عبارات الثناء والعرفان والجميل.



الباب الأول

الإطار النّظري والتّاريخي للمسألة

تمهيد

قد يقتضي منّا بناء تصوّرٍ جديد يتعهّد بدراسة إحدى أخطر المسائل الإسلامية، التي استأثرت باهتمام الدّارسين منذ قرن تقريباً، أنْ نتعرّف، في مرحلة أولى، إلى معالم تلك الدّراسات وأطروحاتها ومناهجها وخلفياتها حتى نتمكّن في مرحلة لاحقة من ضبط عوائقها المنهجية ونقائصها المعرفية وحدود مقاصدها أولاً. ثمّ يتسنّى لنا فيما بعد المرور إلى البناء النقدي لا باجترار نتائجها وأحكامها أو بالانقطاع الكلّي والنّهائي عنها، بل الانطلاق من رصيدها وتلافي عوائقها المعرفية التي كانت حائلاً دون تطوير تصوّر يبلغ حدود الرؤية الجامعة بين فهم المسألة في مظانّها الأصلية وحقولها المعرفية المرتبطة بها من ناحية، وتبيّن أدوار السّياقات التاريخية والثقافية المؤثرة في مسار تطور التفكير في إشكالية العرف أصولياً وفقهياً من ناحية أخرى، وصولاً إلى تبيّن ملامح سلطة العرف الفقهية المتخفية والمحتجبة ضمن أنشطة التشريع الإسلامي على مدى ستّة قرون.

ومن أجل ذلك كلّه كان ينبغي أن ننطلق من قراءات المحدثين في العالمين الإسلامي والغربي وإسهاماتها في بلورة رؤى متنوعة من مدرسة إلى أخرى ومن موقف إيديولوجي إلى آخر كان لها الأثر الفعّال في النتائج المستخلصة. ولهذا كان دأبنا الانطلاق من قراءة المفهوم سواء في دلالته اللغوية أم الاصطلاحية بما يفتح لنا الباب للوقوف أمام إشكالات أغفلتها تلك الدراسات، ولم تعرها اهتماماً كافياً.

وما من شكّ في أنّ الدّرس التّاريخي الراهن المتأثّر بمنوال المعارف التجريبية الحديثة يعلّمنا أن بناء فرضيات موثوقة يقتضي، من جملة ما يقتضيه، الاعتماد المباشر على الطابع المادّي الملموس للمصادر (الأثريات والحفريات). ودونها قد يكون منطلق البحث هو اللغة التي تظلّ الوسيلة الوحيدة المتبقية لبناء تلك الفرضيات. ولذلك كان منطلقنا دائماً هو البدء من النصّ ونسيجه اللّغوي ودلالاته ضمن السّياق الذي نشأ فيه. وعليه بدا لنا أن المعالجة التّاريخية، ولاسيما رصد الإرهاصات الأولى لنشأة العلاقة بين التشريع الإسلامي والتشريع العرفي، ستكون مدخلاً ضرورياً لا غنى عنه لفهم التحوّلات اللاحقة التي عرفها دليل العرف في الأصول والفقه.



الفصل الأوّل

العرف والإسلام في الدّراسات الحديثة

عرض ومراجعة ونقد

مقدّمة:

استأثر التفكير في مسألة العلاقة بين العرف والإسلام باهتمام عدد كبير من الدّارسين على اختلاف مشاربهم، وتعدّد مذاهبهم، وتنوّع مواقعهم. وقد أخذ هذا الاهتمام يتزايد منذ نهاية القرن التاسع عشر في الثقافتيْن العربية والغربيّة بالتّوازي مع حدوث تغييرات جوهريّة في العالم حينما انقلب الوضع السياسي والحضاري إلى غرب صاعد ومهيمن على سائر الأمم، وشرق منحطّ ومتأخر يعاني الاستلاب والاستعمار والتدهور العلمي والاقتصادي. فانجرّت عن ذلك حركتان ثقافيتان في اتجاهين متعارضين: حركة أولى اتجهت إلى الآخر المختلف عنه ساعية إلى اكتشافه وفهمه واستيعاب ثقافته بغية تغييرها وإلحاقها به، وحركة ثانية معاكسة في اتجاه الذات لسبر أغوارها واستقصاء أسرارها وإعادة بناء مسارها، بعد أن تاهت عن مسلكها، وفقدت توازنها بفعل الصدام العنيف الذي حصل بينها وبين الآخر. وإذا كان اتجاه الأول قارئاً لتجربة الآخر في ضوء مفاهيمه ومعاييره الذاتية وسيرورة معارفه النامية التي لا تني عن الحركة والبحث، فإنّ اتجاه الثاني كان باحثاً عن سبل جديدة لتقويم انحرافٍ بدأ الوعي به في ظلّ تهديد خارجي كان يطرق أبوابه

محاولاً إيجاد موطئ قدم يثبّت به كيانه عبر استرجاع معارفه التي استنفذت قدراتها في القرون الخوالي، ومن خلال التحوّلات المتعاقبة التي عايشها موروثه الثقافي ومنظوماته النّظرية والتشريعية. ومن ثمّ تواردت القراءات النقديّة ساعية نحو مراجعة مسألة شائكة اتصلت في عمقها بسؤال جوهري طُرح من كلا الاتجاهين ألا وهو: إلى أي مدى يستطيع المسلمون مواكبة العصر وتحوّلاته بوساطة تشريعاتهم التي تحمل دلالة الثبات ورفض التغيّر؟

وإذا كانت الإجابات متنوعة ومحكومة بالخلفية النظرية للحركتيْن، فإنّ الأهمّ من ذلك هو ما تفرّع عنها من إشكاليات فرعية على صلة بصميم السؤال الأول، وهي مساءلة العلاقة بين العرف الذي يستمدّ معاييره من الواقع المتبدّل والدّين الذي ينهل من جوهر سرمدي مطلق وثابت.

1- الدّراسات العربية الحديثة:

توزّعت الدراسات العربية حول العرف في التراث الفقهي الإسلامي إلى اتجاهين رئيسين: اتجاه أوّل ساد منذ نهاية القرن التاسع عشر، ويمثّل الموقف الكلاسيكي منه داخل التراث الفقهي الإسلامي عامة. وهو يقوم على تلخيص المواقف الفكريّة والأصولية والفقهية القديمة وتيسيرها وشرحها في الغالب دون نقد. واتجاه ثانٍ تبلور منذ نهاية الثمانينيات وبداية التسعينيات من القرن الماضي إلى حدود اليوم، وقام على مراجعة المسلمات النظرية والدينية القديمة المتصلة بالعرف من خلال السعي إلى تنزيل تلك المفاهيم والمسلّمات في السياقات التاريخية التي أسهمت في بلورتها وتشكيلها انطلاقاً من خصوصيات العوامل العرقية والقبلية والاختلافات الثقافية بين الجماعات والأمم، ودورها في صياغة علاقة مخصوصة بين العرف والدّين في العموم، أو بين الممارسات العرفية والاجتهادات الفقهية والأصولية في السياق الإسلامي.

ومن هذا المنطلق سوف نسعى إلى تبيّن أهم خصائص الاتجاهين في دراستهما لمسألة العرف، سواء أكان ذلك في صلة بالمنظومة الأصولية

والفقهية القديمة -وهو ما بدا لنا في الدراسات الكلاسيكية- أم في صلة بالواقع الاجتماعي المتغيّر والمخصوص داخل الأقاليم والجهات الواقعة على هامش السلطة المركزية، وهو ما جسّدته الدراسات الحديثة.

1-1- التصور الكلاسيكي:

كان أكبر أهداف حركة الإصلاح الدّيني في أواخر القرن التاسع عشر إحياء الإسلام عبر العودة إلى العلوم التراثية القديمة، وإعادة كتابتها لتبسيطها وتبليغها للناس. ومن هنا استعاد عدد كبير من روّاد هذه الحركة، سواء أكانوا فقهاء أم مدرّسين، عملية صياغة أفكار القدامى الأصولية والفقهية في كتب مدرسية يطغى عليها الإيجاز والتبسيط من أجل التذكير بالمواقف التقليدية من القضايا المتعددة الملامسة لحياة المسلم. وضمن هذا الإطار بالتحديد أورد عدد من هؤلاء مواقفهم الفكرية من مسألة العرف في سياق مؤلفات انكبّت على تيسير علم أصول الفقه، وارتبط التأليف فيها في ذاك الحين بهاجسين كبيرين: هاجس استئناف حركة التأليف في هذا العلم لتكريس مفهوم الاجتهاد ومحاربة التقليد من جهة، وهاجس الدّفاع عن الشريعة الإسلامية والردّ على القوانين الوضعيّة من جهة ثانية، بعد أن أخذت تشقّ طريقها للنفاذ داخل المنظومة القانونية للبلدان العربية والإسلامية بسبب تراجع دور الفقه والفقهاء في هذا الميدان تبعاً لازدياد الفجوة بينه وبين الواقع من جهة ثانية[1].

وعلى الرغم من وفرة الدراسات حول هذه المسائل كمّاً، لم تكن تختلف فيما بينها جوهرياً من حيث النّوعية والمنهج، وكيفيّة تناول المادّة العلمية، بل تكاد تتشابه في العرض والتبويب والأسلوب وتصنيف الأفكار. وقد يرجع سبب ذلك إلى طريقة تداول المادّة الأصولية والفقهية بطريقة أفقية

(1) هاجسا الآخر والاختراق التشريعي الغربي حاضران في مقدّمات كتب علم أصول الفقه الحديثة. راجع: برنارد بوتيفو:

Bernard Botiveau, Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, Paris, Karthala, IREMAM.1993, p.379.

تتوخّى خلالها عرض العلم وقد استوى واستقرّ على صورته النّهائية بعد أن اكتملت قواعده وترتّبت مباحثه وأبوابه ورسخت مسلماته التي صاغها الفقهاء واستوعبها الضمير الإسلامي[1]. وقد يتبدّى لنا أهم أثر من آثار هذه الطريقة في إلغاء بعد العامل الزّمني والفضاء التّاريخي بما يحملانه من خلفيات تعكس سيرورة نشأة العلم وارتقائه ودور السياقات العلمية التي تبلور فيها، لذلك ظلّ هاجس هذه المصنّفات المبدئي والأساسي مدرسياً تعليمياً غايته تمكين المتعلّم من التعرّف إلى المنظومة الأصولية في بنيتها الدّاخليّة الخاصّة وعلى مباحثها المختلفة في علاقاتها الأفقيّة، سواء ما تعلّق منها بمصادر الاستنباط أم ما اتصل بالأحكام المستمدّة منها أو بآليّات القراءة والتأويل[2].

وسوف يكون لهذه الطريقة، التي سار عليها معظم الأصوليين المعاصرين، أثرها في تناولهم المسائل الأصولية، سواء في إطار منظومة متكاملة أم على كل مسألة على حدة، ومنها مسألة العرف، إذْ ندرك منذ البداية أن معالجتهم إيّاها لم تحظَ بحيّز مهمّ، ولم تتجاوز حدود الاعتناء بها سوى عدد محدود من الصفحات يقوم أغلبها على ملخّصات عامّة تركّز على الحدود اللغوية والاصطلاحية وضبط الأنواع والأقسام، فضلاً عن مدى حجيتها داخل المنظومة الأصولية وعلاقتها بالنصوص التشريعية الرئيسة[3].

---

(1) طاع الله، محمد، أصول الفقه عند المحدثين، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالقيروان، ط1، 2000م، ص23.

(2) (م.ن)، ص23-24.

(3) أغلب كتب أصول الفقه الحديثة تناولت العرف بالطريقة المنهجية نفسها التي يغلب عليها البعد التقني الفقهي، فهي تنطلق من ضبط الحدود اللغوية والاصطلاحية، فأنواع العرف وأقسامه وحجيّته، ثم مدى اعتباره وتأثيره في الأحكام الفقهية التي استنبطها الفقهاء، دون القيام بتحليل تاريخي لتطور المفهوم، ولا الإشارة إلى دور الفضاء الاجتماعي والجغرافي في تشكّله داخل المنظومة الفقهية. وقد بدت هذه الطريقة واضحة لدى العديد من المؤلفين: راجع عبد الوهاب خلاف ومحمد أبو زهرة في كتابيهما: أصول الفقه، وشلبي، محمد مصطفى: أصول الفقه الإسلامي، =

وفيما عدا ذلك لا نظفر إلا ببعض الأفكار والتحاليل التي تتعرّض لدور العرف في تخصيص عموم النصّ الديني، أو في التمييز بينه وبين الإجماع، أو في تأثيره في بعض الأحكام الفقهية. وقد كان هذا المسار في النّظر متأثراً، إلى حدّ بعيد، بمنطق علم أصول الفقه وبنيته العمودية، التي صاغها الأصوليون منذ الشافعي (ت 204هـ/ 820م). وعلى الرغم من أنّ التحدّي الأكبر الذي كان يواجهه هؤلاء متمثل في كيفية مواجهة اضطراب المنظومة التشريعية والقانونية الحديثة، التي استعاضت عن المفاهيم الفقهية والأصولية واقتبست المفاهيم الغربية ذات الأصول الوضعيّة في القوانين الجديدة[1]، حافظوا على بنية تفكير تقليدية قامت على إعادة إنتاج البنية المستقرة والجاهزة لعلم أصول الفقه وتهميش الأدلّة الفرعية المتصلة مباشرة بقضايا الواقع مثل العرف والاستحسان والمصلحة وإيلاء الأدلّة الرئيسة الاهتمام. وهذا ما تكشف عنه مسلماتهم التي كانوا يفتتحون بها مؤلفاتهم[2]، وقد حكم عليهم منهجهم الأفقي أنْ يدرسوا مسألة العرف فقهياً وتقنياً بمعزل عن آثار السياق التاريخي الذي يبرز كيفية تطوّر المفهوم منذ البدايات مع ظهور مدارس الفقه المبكرة إلى غاية الاكتمال وذروة الإبداع وما تلاها، حين أصبح الاعتراف به ممكناً ومقبولاً بحكم ضغوط الواقع.

= الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983م، والزّحيلي، وهبة: علم أصول الفقه، دار الفكر، دمشق، ط1، 1986م.

(1) فسّر مؤرّخ القانون طارق البشري اضطراب المنظومة القانونية العربية خاصةً والإسلامية عامّةً بتضافر ثلاثة عوامل هي: جمود التشريع الإسلامي لتوقّف حركة الاجتهاد، وإصلاحات العثمانيين منذ القرن التاسع عشر، ثمّ الغزو السياسي والاقتصادي والعسكري الأوربي وآثاره الوخيمة. راجع: البشري، طارق، الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1996م، ص5-6.

(2) طاع الله، محمد، أصول الفقه عند المحدثين، ص29. وذويب، حمادي، جدل الأصول والواقع، دار المدار الإسلامي، بيروت، ط1، 2009م، ص319.

كان إطار الانشغال بهذه المسألة هو الانطلاق من العلاقة بين النص والعرف، ولذلك لم يكن مستبعداً أن نعثر على بعض الانشغال بالعرف عندهم في سياق الالتفات إلى بعض العناصر الفرعية المتصلة بالأدلة الرئيسة مثل كيفية استثمار الأحكام من النصوص. وهذا ما أورده محمد الخضري بك أحد أوائل الأصوليين المحدثين في كتابه (**أصول الفقه**) الصّادر سنة (1927م)، حين تناول المسألة في إطار المباحث اللغوية عند الأصوليين، وتحديداً من خلال البحث في العلاقة بين الاسم الشرعي والحقيقة العرفية في اللغة ضمن المبحث الأصولي القديم. فاكتفى بعرض مواقف القدامى، ولاسيما مبحث التخصيص بالعرف، الذي تخلّله عرض لتحليل لساني قديم تعلّق بدلالة «التبادر» في اللفظ عند جريانه واستعماله، ومن ذلك الوقوف عند مواطن الخلافات التي شقّت أفكار هؤلاء الأصوليين في جدلهم حول المسألة وآثارها في تفسير بعض الآيات دون التوقّف عند أبعادها وخلفياتها ودور السياق المعرفي والثقافي فيها[1].

ويتوقّف إثره محمد مصطفى شلبي عند المسألة في فصل مستقل خصّصه للعرف، فيبرز أنّ أهم إشكال فيها هو أنّ التخصيص به لا يشتمل إلا على النصوص الظنيّة فحسب (المتشابه منها) مقدماً مثال تخصيص الإمام مالك لآية الإرضاع في سورة البقرة بالعرف دليلاً على ذلك[2]. وتبدو الغاية من إثارة هذا الإشكال إبراز قدرة المنظومة الأصولية على تحاشي التعارض بين الأدلّة باعتبار أنّ التخصيص، في حدّ ذاته، هو أحد وجوهه، ولذلك كان من الضّروري اعتماد التقسيم المعياري للعرف إلى عام وخاص وصالح وفاسد لبناء علاقة تكامليّة بين العرف والنصّ.

---

(1) الخضري بك، محمد، أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط6، 1389هـ/ 1969م، ص111-112.

(2) ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البَقَرَة: 233]، راجع: شلبي، محمد مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، ص337 و348.

وامتداداً لإشكاليّة التخصيص، يثير محمد أبو زهرة، في كتابه **(أصول الفقه)** الصادر سنة (1958م)، بعض الإشكالات الأخرى التي يكون فيها للعرف دور أصولي ما، ومنها اعتباره أحد المخرجات الممكنة لا في حال غياب النصّ، بل إذا تعارض القياس معه. ويضرب مثلاً لذلك تجويز الفقهاء لعقد الاستصناع المخصّص عندهم لنص ظنّي هو نهي الرّسول عن بيع وشرط[1].

ولا تكمن أهمية ما أثاره كلّ من شلبي وأبو زهرة في عرض المادّة الأصولية القديمة، وإبراز وجوه تكامل أدلّتها، إضافة إلى تبريرهما عدم اعتراف الأصوليين بالعرف دليلاً مستقلاً، بل فيما يمكن أن يكون لهذا الدّليل من صلات بمشاغل التفكير الفقهي الحديث، وأهمها تغيّر الأحكام بتغيّر الزمان، فهما يقرّران، وفقاً لما توصّل إليه السابقون، أنّ الأحكام المبنيّة على القياس الظنّي تتغيّر ضرورة، لأنّ تلك الأقيسة مبنيّة بدورها على أعراف المتقدّمين، ولذلك لا غرابة في أن يختلف المتأخرون عنهم، ويقرّروا أحكاماً مغايرة لتغيّر الأعراف تبعاً لتغير الزمان، ويستدلّان في ذلك بموقف ابن عابدين الفقيه الحنفي، الذي اشتهر بكتابته حول العرف، وأهمية بناء الأحكام الفقهية عليه، ولا يتوقّف تفسيرهما لذلك عند هذا الحدّ، بل يعلّلانه أيضاً بقواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد حتى يبقى العالم على أحسن نظام وأتم إحكام[2].

ولئن انتهى التفكير في هذا الهاجس إلى إثارة مسألة علاقة العرف بالمصلحة عند شلبي الذي يقرّر أنّ مرتبته بين سائر الأدلّة تحدّدها مراعاته

---

(1) أبو زهرة، أصول الفقه، ص274.

(2) يشير أبو زهرة إلى عدّة أمثلة من اجتهادات أعلام المذهب الحنفي كانت قد غيّرت أحكام المتقدّمين. راجع: أبو زهرة، أصول الفقه، ص275-276. وكذلك الشأن مع محمد مصطفى شلبي، الذي يضيف إليها مواقف المالكية في الاعتداد بالعرف، والأخذ به في تغيّر الأحكام. شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ص341-343.

لمصلحة النّاس، مثبتاً ذلك فيما حدث أثناء حياة الرّسول من عدم انقطاعه عمّا كان يصلح للمسلمين من عادات الجاهليين، فإنّه لم ينتهِ إلى نقد منطق التفكير الأصولي القديم الذي يجعله دليلاً ثانوياً تعويضياً لا يتقدّم على سائر الأدلّة الأربعة الكبرى، على الرغم من إقراره بما ينبئ به من مصلحة في دلالته من جهة، واعترافه بأهمية تحكيمه حتى وإن كان خاصّاً من جهة أخرى[1].

على أنّ أهمّ ما لفت انتباهنا في عمل شلبي، ومثّل دلالة مهمّة قد توحي لنا بهاجس إحياء الشريعة في العصر الحديث، وقابليّة الربط بين الفكر الأصولي القديم والفكر القانوني الحديث هو تخصيصه فصلاً فرعياً مداره المقارنة بين مكانة العرف في الفقه الإسلامي ومنزلته في الفكر الوضعي، ومن خلاله بحث في أوجه التشابه بينهما سواء في الماهية والطبيعة والجوهر أم الوظيفة التشريعية. وعلى الرغم من اختلاف منطلقات كلّ منهما فضلاً عن تباعدهما الزمني، يخلص في الخاتمة إلى نتيجة تجعل تلك المكانة في التشريع الإسلامي أعلى رتبة وقيمة من نظيرتها الحديثة التي ضيّقت على دوره، وقلّصت من سلطانه[2].

وفي هذا المعنى نفهم الدّافع الذي جعل شلبي يقارن مكانة العرف بين الفقه والقوانين الوضعية في مسعى لتكريس الخطاب التمجيدي والتبريري للذات ولمنجزاتها دون أيّ مراجعة نقدية تكشف حدود جهود الفقهاء والأصوليين، وتربط نتائجهم بالسياقات التاريخية المتبدلة، فشلبي يتعامل مع المفاهيم الفقهية والأصولية، وهي مكتملة وثابتة دون أي تغيير أو تحوير، متجاهلاً، في الوقت ذاته، دور العرف في بناء القوانين الوضعيّة الحديثة حين مثّل حلقة مهمّة من الحلقات التي مهّدت لظهور التشريعات الوضعية.

(1) شلبي، (م.ن)، الصفحة نفسها.

(2) شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ص344-348.

إنّ هاجس الدّفاع عن الفقه والذود عن الشريعة هو الذي وسم الخلفيّة التي تقف وراء استئناف حركة تيسير مبادئ علم أصول الفقه في النصف الأول من القرن العشرين، وهذا ما تجلّى لنا في نوع ثانٍ من الكتابات التي عالجت مسألة العرف، وتخصّصت كلّياً له عكس المؤلفات المتعاملة معه في سياق تناول المنظومة الأصولية كاملة. وفي هذا الصدد نذكر كتاب أحمد فهمي أبو سنة بعنوان (**العرف والعادة في رأي الفقهاء: عرض لنظرية في التشريع الإسلامي**) الذي صدر سنة (1941م)؛ وهو عبارة عن رسالة جامعيّة أشرف عليها أحد أكبر أعلام الفقه والقانون المصري الحديث الشيخ محمد مصطفى المراغي. ومنذ البداية يظهر هذا الهاجس في خطاب ممجّد للفقه والشريعة ومنكر لاستحسان البعض للشرائع الغربية بذريعة استحالة قيام المنظومة القانونية القديمة بحلّ المشاكل المستعصية للمدنيات الحديثة، وحفظ مصالح الناس[1].

كان أبو سنة وفياً لشعارات الأزهر الإحيائيّة حينها، ولطريقة تفكيرهم المتأثرة بمنهج التيسير والشرح في غياب تامّ لروح النقد والتساؤل. ويظهر ذلك في مقدمة كتابه حين يشيد بدور الفقه الذي نزّل العرف منزلة عظمى في التشريع، معتبراً إيّاه مخلّداً لمظهر سامٍ من مظاهر غنى الشريعة وقيامها بمصالح النّاس، ومفنّداً هذا الباطل الذي يؤثرون به اقتراحات النّاس على شرع السماء وفقاً لتعبيره[2]. ولئن اعترف بتجاهل الأصوليين لقيمته ومنزلته باستثناء قلّة من المتأخرين منهم مثل ابن عابدين، الذي حاول إحياء جهوده بما يمكّن من الاستغناء عن القوانين الوضعيّة الحديثة[3]، فإنّ تلك الاستعادة كرّرت المنهج الكلاسيكي ذاته، الذي يقوم على تيسير المادّة وشرحها،

---

(1) أبو سنة، أحمد فهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء: عرض لنظرية في التشريع الإسلامي، مطبعة الأزهر، 1948م، ص3.

(2) أبو سنة، العرف والعادة، ص5.

(3) (م.ن)، ص6.

وعرض مواقف القدامى منها، والإحالة على وجوه من إشكالاتها الأصوليّة. ومن المساوئ التي لاحت لنا في كتابه تداخل المسائل وتكررها على أكثر من فصل[1]. وقد يعود ذلك إلى أنّ كتابه كان في أصل وضعه دروساً لطلبة الفقه والقضاء، وتتجسّم المصاعب الأخرى في عدم القدرة على التمييز الدقيق بين المصطلحات مثل العادة والعرف، مكتفياً بمجرّد عرض آراء مختزلة من أقوال الفقهاء القدامى[2]، دون البحث في أسباب التمييز عند البعض والمطابقة عند الآخرين. وتعود هذه الرؤية الاختزالية إلى شيوع التعامل مع المصطلح الأصولي باعتباره مفهوماً جاهزاً وجامداً لم يتأثر بسياقات خاصة من النّاحيتين التاريخية والمعرفية (الإبستمية)، ويكتفي بالتعريفات المعياريّة الفقهية بتصنيف العرف إلى فاسد وصالح وشرعي وغير شرعي ومعتبر ممّا استقرّ في التراث الإسلامي وفقاً لمقولة التحسين والتقبيح الشرعية القديمة[3].

وقد يكون لهذا المنهج آثار على مستخلصات بحثه الذي عرف بعض الاضطراب والتشويش حين درس جملة من الإشكالات، وأهمّها دور العرف في تغيير أحكام النصّ، إذ قدّم رؤية ضبابية حولها لم تأخذ في الاعتبار الاختلاف الحاصل بين المسلمات الأصولية، وحقيقة الواقع التاريخي، فإقراره الضمني الأول، الذي يرفض تغيير أحكام النص بالعادة أو العرف[4]،

(1) لم يخلُ كتاب أبو سنة من التداخل بين محتويات الفصول المتعدد. وعلى سبيل المثال لا الحصر يكرِّر الحديث عن أنواع العرف أكثر من مرّة: في المقدمات، وفي المقال الثاني والثالث، ثمّ يعرض موضوع علاقة العرف باللغة في المقال الأول المخصّص للعرف القولي، ثمّ يعود إليه في إشكالية التعارض بين العرف واللغة. (م.ن).

(2) عناوين المقالات والفروع في الكتاب تدلّ على ذلك: «نشأة العرف والعادة» ص13، «تبدّل الأحكام بالعرف والعادة» ص83. أحياناً يستعمل عبارة العرف وأحياناً العادة لمدلول واحد في المقالات والفروع.

(3) (م.ن)، ص8، وص20.

(4) «وهذا لأن العوائد الشرعية بعد النصّ عليها صارت من الأمور الداخلة تحت أحكام =

لا نجده متطابقاً مع الأمثلة التي قدّمها فيما بعد حول اجتهادات الصحابة ممن غيّروا حكم النص بحكم العرف، واتخذت مثالاً على ضرورة اعتباره في التشريع[1]. أمّا الصلة بالمصلحة فإنّنا نجد رأيين متعارضين: الأول يعترف فيه بأنّ العرف ليس مقياساً للخير ولا دليلاً عند الفقيه على قواعد صالحة تنتظم بها حياة النّاس[2]، والثاني يقرّ بدوره في تحقيق المصالح؛ لأنّ من حكمة الشريعة عدم إثقال المكلّف بعدد كبير من التكاليف، فالشريعة وردت مطلقة عامّة، وكثير من أحكامها مقرّرة بحسب العادات والأحوال، وهي تتبدّل بتبدّل الظروف والمصالح[3]. ويبدو أنّ هذه المفارقات التي وسمت مباحث الكتاب نابعة من اختلاط الأدوار عند الكاتب بين البحث العلمي الذي يقتضي التجرّد من ذاتيّته وانتمائه إلى مواقف تأويلية تحمل خلفيات إيديولوجية متخفية وراء البحث، ويظهر ذلك في تبرير منطق المنظومة الأصولية القديمة، وانتصاره لموقف معيّن من التراث لا يعترف فيه بسلطة العقل في التشريع، ومن ثمّ يرفض أن يكون العرف حجّة أو دليلاً على إنتاج قواعد فقهية تنظّم حياة النّاس، معللاً ذلك بأنّ أهل السنة لا يقولون بأولوية العقل على النقل[4]، ثمّ يبرهن على أنّ للعرف منزلة لا يستهان بها في الاستنباط والتطبيق معاً، معتبراً أنّ من ضمن شروط الاجتهاد معرفة الأعراف، فضلاً عن كون العرف مصدراً خصباً لإظهار أحكام الله عند القاضي والمفتي[5].

= الشرع، فتبديلها بالاستحسان والاستقباح نسخ، ولا نسخ بعد وفاته ﷺ». أبو سنة، (م.ن)، ص21.

(1) يذكر، على سبيل المثال، إفتاء عمر بإعطاء الدّية لأهل الديوان إن كان القتيل منهم بدل عصبة القاتل، وإفتاء عثمان بالتقاط اللقطة لصيانة الأموال من الضياع بعد أن كانت محرّمة من قبل. أبو سنّة، العرف والعادة، ص78-79.

(2) (م.ن)، ص31.

(3) (م.ن)، ص44.

(4) (م.ن)، ص31.

(5) (م.ن)، ص81.

إنّ وقوع أبو سنة في هذا الاضطراب دلّت عليه المواقف المتضاربة من المسائل المتصلة بالعرف في الأصول والفقه يعود أساساً إلى المنهج الكلاسيكي المعتمد في البحث والقائم على المماهاة بين الدين والمواقف التأويلية له، فالكاتب كان يتعامل مع مفهوم العرف بمنطق إيماني مغلق قوامه تقديس مواقف الفقهاء والأصوليين دون مجادلتهم فيما توصّلوا إليه. ومن الطبيعي أن يكون الموقف كذلك وتجلّياته واضحة في احترام الترتيب الهرمي لمصادر التشريع مثلما استقرّت تاريخياً في علم أصول الفقه، فضلاً عن تكراره للمسلّمات الكلامية والنظرية التي انغلقت عليها المدوّنة منذ نهاية القرن الخامس دون أن يتساءل نقدياً حول خلفياتها التاريخية، وتطوّر مفهوم العرف عبر المذاهب والمدونات الأصولية والجدل الذي حام حوله، ولذلك غاب عن هذا المنهج البعد التأليفي في تناوله هذه المسألة التي من شأنها أن تفسّر لنا حقيقة التناقضات الموجودة في مواقف العلماء حولها، وفقاً لمسار تاريخ الأفكار في علم الأصول والتحوّلات التي شهدها والعوامل المختلفة التي أثّرت في أنساقه.

وبقطع النّظر عن طابع العمل المدرسي الميسّر الذي أنجزه أبو سنّة إضافة إلى إحاطته بمختلف المسائل المتفرعة عن المسألة الأصولية الكبرى، إنّ أهمّ قيمة يكتسيها بحث أحمد فهمي أبو سنة هو أنّه كان مصدراً أوليّاً وبارزاً لدى العديد من الباحثين ورجال القانون والفقهاء من بعده، وقد تجلّى ذلك في أنّ معظم الدراسات التي تناولت مسألة «العرف»، سواء في الشريعة الإسلامية أم في المدوّنة القانونية الحديثة، كانت تنهل من بحثه، إذْ خصّص مصطفى أحمد الزرقا، على سبيل المثال، باباً كاملاً في كتابه[1] عنونه بـ«نظرية العرف» أعاد فيه أجزاء كبيرة من المادّة التي دونها أبو سنّة، وكرّر حتى النتائج التي توصّل إليها، على الرغم من طغيان طابع المقارنة بين آراء

(1) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1998م.

الفقهاء القدامى والمدوّنات القانونية الحديثة كمجلة الأحكام العدلية العثمانية أو القانونيْن المدنييْن في سورية ومصر.

وإجمالاً، يمكن القول إنّ الرؤية، التي قامت عليها مراجعات الدراسات الكلاسيكية لهذه الإشكالية، قد حصرت البحث في مشكل العلاقة بين النص والعرف، متجاهلة دور السيرورة التاريخية في تشكّلها وتطويرها وتوجيهها، فطغى التحليل الفقهي التقني الذي انصبّ اهتمامه على دور العرف في فهم معنى النصّ أساساً. واستعادت الإشكالات التي طرحتها المدونة التراثية المهمِّشة لدور العرف دون الانتباه إلى اندراجه في أدلّة رئيسة أخرى، ودون تعمّق في خلفيات تلك المواقف التي قلّصت من دوره في الفقه والتشريع.

وقد يعود ذلك القصور إلى وراثة هؤلاء الباحثين للتصوّرات الكلامية القديمة القائمة على أولوية النص على العقل والواقع، وتسليمهم بشمول أحكام الشريعة لكلّ زمان ومكان، وهو موقف كرّس الرؤية المحافظة المكتفية بترديد مقولات القدامى وشرحها دون تحليل أبعادها وربطها بسياقاتها التاريخية، وهي منطقة الفراغ التي خلّفتها تلك الدراسات الكلاسيكية، فحاولت الدراسات اللاحقة لها ملأها، وإعادة بناء التفكير في تلك المسألة، ساعية إلى تلافي هذا القصور المنهجي من خلال إعادة الاعتبار لدور الواقع التاريخي في تحديد هذه العلاقة وبيان آثارها ورسم صورتها بمزيد من الوضوح قد يمكّننا من تجلية هذه العلاقات من خلال أبعاد جديدة وأنظار مستحدثة.

1-2- التصور الحديث:

حاولت الدّراسات الحديثة تلافي نقائص الدراسات الكلاسيكية من خلال مراجعة الموروث في ضوء علاقته الجدلية بالواقع التاريخي تأثيراً وتأثّراً، ومن زاوية التنقيب عن دور الخصوصيات العرقية والتعددية الثقافية، التي كانت تَسِم العديد من المجتمعات، ولاسيما تلك التي تقع على هامش

المراكز التقليدية للإسلام الرسمي. ولما كانت الدراسات الأولى مسيّجة بمنطق دوغمائي منغلق على ذاته، ولم تسْعَ إلى مساءلة المسلّمات التقليديّة المستقرّة داخل الفضاء المعرفي الإسلامي، حاولت هذه الدراسات البحث عن تفسير آخر لعلاقة العرف بالمنظومة الفقهية منطلقها التنقيب عن أثر العامل التاريخي في صياغة تلك التصورات التأويلية حول المسألة، أي بالكشف عن دور التطور الاجتماعي والاقتصادي والسياسي وسيرورته في بناء موقف أصولي قديم لم يخلُ من مفارقات ومن تحوّلات، وهذا ما يعني تنسيب الرؤية الكلاسيكية الموروثة.

وقد رصدنا، من خلال البحث والاستقراء، توزّع تلك الدّراسات إلى صنفين:

صنف أول درس العلاقة من الناحية التاريخية، فانطلق من عوامل الواقع، وانكبّ على دراسة أثر العرف في تشكّل الإسلام ومدوّنته التشريعية من جهة، وتغيير الاجتهادات والفتاوى والأحكام من جهة ثانية، وهو ما نجده في أعمال كلٍّ من يوسف شلحد[1] وهواري تواتي[2].

وصنف ثانٍ حاول الكشف عن مظاهر تلك العلاقة بالانطلاق من النصوص المشرعة للعرف، وصولاً إلى الواقع التّاريخي الذي كان يعكس صداه ويبرّر وظائفه، وهو ما كرّسته في جزء منها أطروحة حمادي ذويب بعنوان (**جدل الأصول والواقع**)[3].

---

(1) Joseph chelhod, "la place de la Coutume dans le Fiqh Primitif et sa permanence dans les Sociétés Arabes à traditions Orales", Studia Islamica, No: 64 (1986),pp.19-37.

(2) Houari Touati, «La loi et l'Ecriture. Fiqh, Urf et Société au Maghreb d'après les Ajwiba d'Ibn Nasir (m. 1085/1674)»,Annales Islamologiques 27, (1993),pp.93-108.

(3) ذويب، حمادي، جدل الأصول والواقع، بيروت، دار المدار الإسلامي، ط1، 2009م.

1-2-1- الدّراسات التاريخية الإناسيّة:

مثلت دراسة يوسف شلحد، التي نشرها سنة (1986م) بعنوان: (**مكانة العرف في الفقه الإسلامي المبكّر واستمراره في المجتمعات العربية ذات الموروث الشفوي**)، نموذجاً لهذه الدراسات التجديدية من الصنف الأوّل الساعية إلى تفسير وجوه الصلة بين العرف والفقه في الواقع التاريخي انطلاقاً من دور عاملَيْ التعدّد العرقي والخصوصية الثقافية في بناء تصوّر مختلف وجديد، وكانت منطلقاتها متراوحة بين الاستفادة من المنهج الفيلولوجي في دراسات الاستشراق الكلاسيكي، وتوظيف مفاهيم الأنثروبولوجيا الحديثة التي تتخذ من عنصر القرابة أداة لتفسير كل ما ينتجه المجتمع على الصعيدين الرمزي والاجتماعي.

ومن هذه المنطلقات المنهجية راجع شلحد بعض المفاهيم المتوارثة عن الجاهلية والإسلام مثل الفقه والعرف، فرأى أنّ دلالة المصطلح الأول من جهة التاريخ أوسع مما ضبطته المدوّنات التراثية وعلومها حين حصرته في فهم النص والحديث، إذ كانت جلّ مسائله ذات جذور عرفية جاهلية، وكانت صورته، طول القرن الهجري الأول، مختلفة تمام الاختلاف عن الصورة التي توارثتها الأجيال فيما بعد. وبهذا المعنى توصّل شلحد إلى أن النواة الأساسية للتشريع الإسلامي جاهلية منذ الحقبة المبكرة لنشأته، على الرغم من تحريم القرآن لعدد من أعرافه[1].

ولئن كان مشغل هذا الباحث إناسيّاً في أساسه من خلال ربط الحاضر بالماضي والتساؤل عن سرّ استمرار عالم البداوة العرفي بتشريعاته في زمن الحداثة، فقد بدا جليّاً أنّ البحث عن إجابة مقنعة لا يمكن أن يحصل إلا بتحليل تاريخي إناسي وفيلولوجي لظاهرة نشأة الفقه الإسلامي المبكر.

---

(1) منها نكاح الشغار ونكاح زوجة الأب، أو الجمع بين الأختيْن، وحرمان المرأة من الميراث، وتحريمه الشديد لوأد البنات. شلحد، (م.ن)، ص20.

وسعياً إلى تحقيق هذا المقصد بحث شلحد في أسس علاقة القرآن بالقواعد العرفية الجاهلية زمن الدعوة، فرأى -خلافاً للآراء السائدة- أنها لم تكن علاقة قطيعة استهجن فيها القرآن تلك القواعد، بل قامت على التواصل من خلال سعي القرآن إلى استيعابها وإدماجها ضمن منظومته التشريعية، وهو يلتقي في ذلك مع آراء شاخت (Schacht 1969)، الذي كان يعتقد أنّ الإسلام المبكّر لم يكن معادياً للعرف الجاهلي القديم، ويقدّم عدداً من الأمثلة التاريخية أهمها تبنّي نظام التحكيم العرفي الجاهلي لارتباطه بعادات العرب وأنماط عيشهم وغياب السلطة المركزية فضلاً عن طبيعة الانتظام الاجتماعي القائمة على الصلات الدموية والقبلية[1]. وإلى جانب ذلك ظلّت أحكام القصاص ولواحقه في صورتها البدوية، وهو ما يدلّ على استمرار التشريع العرفي الجاهلي حاضراً بقوّة في التشريعات الإسلامية[2]. وظلّ التعامل مع أحكام الأسرة والتجارة العرفية مستمراً، وكشف عن وجود صلات متينة بين بقاء هذه الأعراف، وعدد من الطقوس الجاهليّة مثل الحج والإيمان بالجن والكهانة وطقوس الاعتقاد في الطهارة والنجاسة[3].

وقد علّل شلحد هذا التواصل بحاجة المسلمين العاجلة إلى قواعد تنظّم حياتهم في ذاك الظرف التاريخي، فكانت تقتضي منهم النهل دائماً من مصادر التشريع الجاهلية، وهو ما تواتر وتكاثف بعد توقف الوحي ووفاة الرّسول، ويرى أنّ السنّة وإنْ وفّرت في مرحلة أولى جزءاً من الحلول فإنّها لم تكن

---

(1) شلحد، (م.ن)، ص21.

(2) يقدّم الكاتب أمثلة متعدّدة من وراثة القرآن لأحكام القصاص الجاهلية منها ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰۚ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖۗ ذَٰلِكَ تَخۡفِيفٞ مِّن رَّبِّكُمۡ وَرَحۡمَةٞۗ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ بَعۡدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٞ﴾ [البَقَرَة: 178]. إضافة إلى أحكام الدّية ذات الجذور الجاهلية. (م.ن)، ص24.

(3) (م.ن)، ص25.

كافيّة، بل كانت عادة قضاة الإسلام المبكر العودة بصفة تكاد تكون مسترسلة إلى القواعد العرفية القديمة عند غياب نص من القرآن أو السنّة، وهذا ما جسده علي بن أبي طالب مثلاً في تقديره لنسبة الضرر الذي يلحق رجلاً يُصاب في عينه. وبناء على ذلك توصل يوسف شلحد إلى أنّ المشرّع كلّما ابتعد عن المبادئ العامة لمعالجة القضايا العمليّة وجد نفسه مضطراً إلى استدعاء الحلول المستلهمة من الأعراف الجاهليّة[1].

ولعلّ أهمّ ما نستخلصه من دراسة شلحد أنّها لم تكن مجرّد عرض تاريخي لعلاقة الإسلام المبكّر بالعرف الجاهلي، بل كانت تقدّم تفسيراً إناسيّاً (أنثروبولوجياً) لاستمرار تلك العلاقة يمكن أن نوجزها فيما يأتي:

- استمرار عالم البداوة والحياة الصحراوية المولّدة لعلاقات اجتماعية أساسها تقوية الشعور بالتضامن والعيش المشترك بين أفراد الجماعة بحثاً عن الأمان، وهروباً من المخاطر التي كانت تتهدّد عيش تلك القبائل.
- استمرار بنية علاقات اجتماعيّة قائمة على قداسة النسب ورابطة الدم فرضت احترام القواعد العرفيّة، وعدم التسامح مع من يخرقها.
- غياب سلطة مركزية قوية تسهر على فرض النّظام، وتجنّب اللجوء إلى العنف غير المنظّم.
- استمرار ثقافة المشافهة التي ترتبط عضوياً بالبداوة[2].

استطاع يوسف شلحد، من خلال هذه الدراسة، الغوص في الزوايا التاريخية المؤسسة لجذور هذه الإشكالية من خلال مراجعة العلاقة بين نشأة الإسلام والموروث التشريعي الجاهلي الذي استمرّ متحكّماً في تنظيم مختلف العلاقات السائدة داخل المجتمع وتنظيمه بعيداً عن المسلّمات التي كانت ترى في الجاهلية عالماً ينعدم فيه النّظام، وتطغى عليه الهمجية والعنف والفوضى.

---

(1) شلحد، (م.ن)، ص27.

(2) (م.ن)، ص27-28.

ومن المهم الإشارة إلى فوائد هذه الدراسة، التي لم تكتفِ بمجرّد عرض العلاقة التاريخية بين القرآن والأعراف الجاهلية فحسب، بل سعت إلى تفسيرها وتعليلها من منطلقات موضوعية دقيقة اتصلت أساساً بطبيعة العلاقات الاجتماعية السائدة، وبتفاعل القرآن مع خصوصية الواقع الذي تنزّل فيه، فكان أن استوعب تلك الأعراف، وحاول دمجها في سياق التصوّر العقائدي الكلّي للدين الجديد الذي أدمج البعد الرّوحي والأخروي فيها.

غير أنّ ما ينبغي ملاحظته في هذا السياق أنّ الدراسة مالت أحياناً إلى البحث عن التعليل النّظري وتفسير عالم البداوة الجاهلي ومقتضياته أكثر من تفصيل علاقة القرآن بالعرف الجاهلي بشكل دقيق وملموس، فالواضح أنّ البيئة التي تنزّل فيها القرآن لم تكن في الغالب بدوية، وإنْ كانت البداوة مخترقة بشكل واضح وملموس المجتمع الإسلامي المبكر، سواء في مكّة أم المدينة، ومن ثمّ إنّ العرف لا يرتبط ضرورة بعالم البداوة فحسب، بل يرتبط أيضاً بالعالم الحضري وبالمدن التي كان يغلب عليها النشاط التجاري فضلاً عن الزراعة، حيث تشير بعض الدراسات الحديثة إلى أنّ القرآن قد استوعب أيضاً أعرافاً مدنية مثل الزكاة[1]، التي عوّضت عرف الميسر إضافة إلى تبنّي الرسول لأعراف ذات جذور بيزنطية كانت موجودة في الحواضر العربيّة في الشام وفلسطين، كما أشار إلى ذلك شاخت وباتريشيا كرونه، وهو ما حدا

(1) راجع في هذا الصدد ما كتبه حلّاق، وائل، (نشأة الفقه الإسلامي وتطوّره، ترجمة رياض الميلادي، دار المدار الإسلامي، بيروت، ط1، 2007م، ص50). كذلك جوزيف شاخت، الذي يشير إلى الجذور البيزنطية لحديث «الولد للفراش»، وكذلك مفاهيم الرهن والتداين والإجارة في القرآن، وباتريشيا كرونه (Patricia Crone)، التي أرجعت عدداً لا يستهان به من أحكام الفقه في القرن الأول إلى الجذور الرّومانية لمّا كانت سائدة في حواضر المدن الشرقية، انظر:

Joseph Schacht, Introduction au droit musulman, Traduit par: Paul Kempf et Abdel Majid Turki, Maisonneuve et Larose, 1999, p.29.

Patricia Crone, Roman, Provincial and Islamic Law, Cambridge University press, 1987.

بالمستشرق البريطاني مونتغمري واط (Montgomery Watt, 2006) إلى اعتبار أنّ الإسلام كان دين مدينة يحارب البداوة بقوّة[1].

وإذا كان شلحد قد اهتم بالصلة التي جمعت بين الإسلام والعرف في المرحلة التأسيسية فإنّ هواري تواتي اهتمّ بالإشكالية ذاتها في المراحل المتأخرة، أي فيما صار يُنعت بمرحلة الانحطاط الحضاري الذي شهده العالم الإسلامي حين غدا الجمود العلمي والفقهي السمة الطاغية عليه. وفي هذا السبيل وظّف تواتي المقاربة الإناسية وأدواتها، فحاول عبر دراسته تقديم صورة غير نمطية للإسلام كما طُبّق ومورس في مجتمعات تختلف عن الفضاء الذي نشأ فيه، وكان للأعراف القبلية إسهام في صياغته بشكل مغاير للصورة المعيارية السائدة في عالم المركز سواء بالمعنى التاريخي العام: أي المغرب الإسلامي، أم بالمعنى التاريخي المخصوص: الفضاء الأمازيغي. وضمن هذا الفضاء المخصوص حاول الكاتب إبراز صورة للإسلام المتعدد والمغاير الذي غدا مفهوماً حديثاً في مجال بحوث الإسلاميات المعاصرة، وهو ما كان يتشكّل في الغالب عبر تفاعل النصوص التأسيسية والمدونات الرسمية مع أعراف الشعوب الواقعة على هامش المركز.

اتخذ تواتي من كتاب (**الأجوبة**)[2] الذي ألفه العالم ابن ناصر الدّرعي

---

(1) راجع ما كتبه واط، مونتغمري، في كتابه (محمد في المدينة، ترجمة شعبان بركات، المكتبة العصرية للطباعة والنّشر، ط1، 1985م)، وما كتبه الرحموني، محمّد، في مقال له بعنوان: «في العلاقة بين مفهوم الجاهليّة القرآني ومفهوم البداوة الخلدوني»، مجلّة إضافات، العددان الثالث والرابع، صيف وخريف 2008م.

(2) أشار هواري تواتي إلى أنّ كتاب الأجوبة جمعه محمد بن أبي القاسم الصنهاجي تلميذ ابن ناصر بعنوان (الأجوبة النّاصرية في بعض مسائل البادية)، وهو مخطوط في المكتبة الوطنية في الجزائر مودعٌ تحت رقم 1350. كما أشار إلى شهرته في الشروح والمختصرات والمنتخبات الفقهية في المغرب. وتكمن أهميته في الطريقة التي عمل من خلالها الكاتب على تأليف ذكيّ لصياغة معيار كونيّ (شامل) للشريعة الإسلامية على أساس محلّي يشكّل ثراؤه المادّي والاجتماعي والتّاريخي سنداً =

(ت 1129هـ/ 1717م) في القرن الحادي عشر الهجري/السابع عشر الميلادي، مثالاً كاشفاً عن أوجه العلاقة بين فقه الحواضر والمركز وفقه البادية والهامش، مبرزاً دور العرف في بناء منظومة تشريعية موازية للفقه الإسلامي الرسمي، وبناء على ذلك عُدَّ كتاب **(الأجوبة)** لديه مثالاً يعكس كلّ تلك الإشكالات ومؤلّفاً فقهياً طريفاً استوعب جزءاً كبيراً من أعراف كانت مرفوضة في مؤلفات سابقة أو معاصرة له. ولدراسة هذا المؤلف بعمق وربط أفكاره بالواقع التاريخي انطلق الباحث من رصد لمختلف الجوانب التاريخية التي أنتجته وجعلته نموذجاً مكرّساً لمظهر الاختلاف في التشريع.

رصد تواتي، في البداية، ما كان يميّز المناخ الاجتماعي والثقافي الحافّ بظهور هذا المؤلّف، وكان من أهمّ سماته الصراع المحتدم بين سكان المركز والهامش، الذي تجاوز الأبعاد السياسية إلى أبعاد ثقافية، فكان منطوياً على تنافس شديد بين الفقه والتصوّف من ناحية والكتابة والمشافهة من ناحية أخرى[1]. ولم تكن تجلياته في نظره سلبية، بل كان له دور مهم في إغناء المرجعية الإسلامية وإثرائها عبر هذه التعددية، «فالعالِم يسهم بفضل المؤلّفات الكتابيّة والمتصوّف بفضل التجربة الشعائرية والطقوسية»[2].

ويفسّر صاحب الدّراسة احتدام ذاك الصراع بمحدوديّة تأثير الكتابة ممثلةً في الكتبة الذين يحملون الثقافة العالمة المرتبطة بالحواضر على سكان مناطق «السيبة»، وصعوبة اختراقها لعالم الثقافة المحليّة الشفوي. ويقدّم على ذلك بعض الأمثلة التاريخية الملموسة مثل عزل «ابن الوقاد» من منصب القضاء

= لعملية التثاقف في جميع أنحاء العالم القروي (الرّيفي) بالمغرب عبر الفقه. تواتي، (م.ن)، ص94.

(1) تواتي، (م.ن).

(2) كان يُشار إلى هذا التناقض بعبارة الصراع بين رجال البركة ورجال الكفاءة: التسمية الأولى تشير إلى المتصوفة ممن اتخذوا المشافهة سنداً لثقافتهم، والثانية إلى الفقهاء ممن اتخذوا الكتابة دعامة لنشر الفقه. (م.ن)، ص96.

بسبب حالة انعدام التواصل بين سكان الهامش في «سوس» وفقهاء الحواضر، وذلك للجهل التّام أحياناً باللغة العربيّة، وعدم تمكّن السكّان الأصليين من لغة القرآن[1].

وفي هذا السياق يرى تواتي أنّ ابن ناصر كان قد جسّد مثالاً لهؤلاء الفقهاء الذين حاولوا التوفيق بين مبادئ الفقه ومقتضيات العرف في بلاد «السيبة». وهي التي ارتبطت دلالتها دائماً بسيادة العادات والأعراف، وكانت توحي بجهل الدين وغياب السلطة المركزية. وقد تمثّل الجهد في محاولة تخليص تلك التسمية ممّا علق بها من دلالات العبارة المستهجنة بمعاداتها للمدنية الإسلاميّة ونفي وجود التعارض بين العرف والفقه، وذلك عبر إبداء المرونة والتسامح نحو القبائل التي تحتكم للأعراف بدل الأحكام الفقهيّة[2]. ولئن كان يندّد في بعض الأحيان بتراجع الفقه في تلك المناطق لحساب الخيارات اللائكية -كما نعتها تواتي- فإنّه كان يقبل الكثير من الأحكام التي تخفّف من القيود الشرعية مثل إجازة الصلاة وراء إمام يجهل قواعد الوضوء، أو كان رأسه عارياً، ويبيح تقديم أجرة له لإظهار جدية في القضاء بين النّاس. وعلى الرّغم من إجازته لهذه الرّخص وغيرها، ظلّ متأرجحاً بين نظامين «قانونيين»، أي العرف والفقه. ولذلك لم يقف موقفاً متطرّفاً من كلّ العوائد التي كان يمارسها البربر في مناطقهم، بل اشترط لجوازها شرطين: أن تكون محل اتفاق بين الجميع، وأن تكون سليمة من الغرر والجهل والشّرك[3].

---

(1) (م.ن)، ص97.

(2) (م.ن)، ص99.

(3) أشار الكاتب إلى أنّ ابن ناصر كان يرفض مكافأة الإمام بتخصيص الثلث من زكاة الفطر له، لأنّها للمحتاجين والفقراء، ويرفض مكافأته بوساطة عرف «الضريبة على المياه»، التي كانت تخصص للمرأة والأرمل، ويحرّم الصلاة وراء الأئمة الذين كانوا يقبلون هذه المكافآت. وفي الوقت ذاته، ونظراً إلى غياب الدّولة في بلاد «السيبة»، =

قدّم تواتي كتاب (**الأجوبة**) مثالاً لما واجهه الفقه الوسيط من مصاعب في التأقلم مع واقع مجتمعات الهامش. وظهر ذلك في بعض مواقف ابن ناصر من اجتهادات فقهاء «السيبة». فقد رفض الصيغة العرفية للحبس الذي يؤول إلى حرمان المرأة من الميراث دون التحريم المطلق خشية إثارة النزاعات القبليّة، مثلما رفض عادات أخرى كالزواج دون مهر، أو بمهر حقير، منسجماً في ذلك مع مواقف فقهاء الحواضر في عصره[1]. ويبدو موقفه من عرف «العار» هو الأكثر تجسيداً لعسر التوفيق بين أحكام الفقه ومقتضيات العرف لما يتضمنه من معاملات ربوية مفضوحة. فهو عرف متصل بعادة صدقات الطعام التي تقدّم في الأعياد والمناسبات لتحقيق الافتخار والشهرة. ويرجع أسباب الرفض إلى خروجها عن الصبغة الدينية-الأخلاقية والتباسها بالعقود المشكوك في شرعيتها، تلك التي تخفي وراءها عمليات ربوية. ذلك أنّ منطق التبادل الذي يقوم عليه هذا العرف ليست العطاء مقابل العطاء، بل الديْن مقابل السداد. ومن ثمّ شاع في تلك المناطق مثل ملخّص لتلك المعاملات: «الغذاء ثلاثة أنواع: المخلوف والمسلوف والمتلوف»، وهو ما ينجرّ عنه ديْن ثقيل لا في المستوى الماديّ فحسب، بل على المستوى الاجتماعي والقيمة الرمزية للأفراد. ويؤول إلى قلب التراتبية الاجتماعية الرمزية؛ لأنّها ستزيد من شرف الدّائن، وتحطّ من وقار المستدين؛ لأنّ الديْن سوف يجعل أمره مفتضحاً. ومن هنا جاءت عبارة العار التي أطلقت على هذا العرف مترادفة مع دلالات أخرى مثل «المعرّة» أو «العيب». غير أنّ كتاب (**الأجوبة**) كان يتعامل معه في ارتباطه بالرياء وسوء السمعة، أي مصدراً

= وانعدام وجود بيت مال أو أمير، فإنّ القضاة يؤجرون بوساطة الأطراف المتنازعة شرط أن ينسحب ذلك على النزاع المطروح أمامه فحسب. تواتي، (م.ن)، ص101-102.

(1) يذكر الباحث النزعة التوفيقية لاجتهاد ابن ناصر الذي رفض الصيغة العرفية للحبس الذي يؤول إلى ضرب من الغرر. تواتي، (م.ن)، ص105.

لزيادة اكتساب القيمة الرمزية. وقد دعم هذا الاستنتاجَ برأي كنيث براون (Kenneth Brown)، الذي رأى أنّ نظام العلاقات في قانون «العار» هو «استراتيجية للحفاظ على القيمة الرمزية وخلقها وإعادة إنتاجها». ويبدو أن موقف ابن ناصر من كلّ ذلك لم يتعدَّ الاحتراز فحسب لمخالفته الشريعة[1].

ولئن كشف تواتي أنّ الكتاب يُعدُّ نموذجاً أو شهادة تاريخية على ما تشهده العلاقة بين الفقه والعرف من اضطراب، فقد أبرز أنّه يؤكّد، على الرغم من ذلك، استيعاب الفقه للأعراف المحلّية وإنْ كان بصيغ تختلف عن المبادئ العامّة الرّسمية كان فيها للوسائط دور مهمّ، وذلك عبر إكساب العرف وضع القانون المكتوب من خلال اللغة والمستند الكتابي. وقد تحقّق ذاك بفضل الدور السوسيولوجي لهذه الفئة الصغيرة من الكتبة/الدّعاة ممّن أضفت عليهم المدينة منزعاً طقوسياً رفع من مقامهم بين البوادي، على الرغم من التناقضات التي كانت تشقّ الوضع التشريعي عامّة[2].

وعلى الرغم من أنّ دراسة تواتي كشفت عن وجود علاقات اتسمت في الغالب بالتوتّر الدّائم بين الفقه سليل ثقافة الكتابة والسلطة من جهة، والعرف وليد المشافهة ونمط الحياة الجماعوية أو العصبيّة (Communautarisme)[3] من جهة أخرى، فإنّها لم تعدم وجوهاً من التفاعل بينهما جعلا الفقه مصطبغاً بطابع النّظام الثقافي والاجتماعي، فضلاً عن اصطباغه بالمحيط الجغرافي والحقبة الزمنية التي ينشأ فيها. ويُضاف إلى كلّ ذلك الدّور السوسيولوجي

(1) تواتي، (م.ن)، ص107-108.
(2) (م.ن)، ص107-108.
(3) الجماعوية تعني نمط عيش جماعة وفقاً لعاداتها ونظمها المحليّة وميزة نظامها من حيث البنية الاجتماعية شبه المعقّدة متراوحة بين سلطة القرابة وسلطة الدولة، ومصدر تشريعاتها العادات والأعراف المتّفق عليها، أما نظامها القضائي فيتراوح بين التحكيم العرفي والقضاء المسيّر من الدولة. راجع:
Norbert Rouland, Anthropologie Juridique, Presses Universitaire de France, 1988, p.170.

للكتبة أصحاب الثقافة الفقهية في ربط الهامش بالمركز، ولو من خلال التعامل التلفيقي مع العرف في سياق سيرورة التفكير التشريعي في الإسلام عبر التاريخ.

وإذا كانت قيمة هذه الدراسة تكمن في كشف القوانين الخفية التي تحكّمت في العلاقة المضطربة بين الفقه والعرف، وأهمّها صراع الكتابة والمشافهة والمركز والهامش، فإنّها أغفلت -فيما نظن- دور التطوّر الذي حصل في التعامل مع العرف داخل المنظومة الفقهية الأصولية بعد القرن الثامن، حين غدت طريقة الفقهاء الملاذ المتبقي لإنقاذ الفقه من تكلّسه وتحجره. وبذلك توسل معظم الفقهاء بالحيل طريقاً للتعامل مع تشعّب القضايا في الواقع. ولا عجب أن نرى بعدها تخلّياً للفقهاء عن الأحكام المتشدّدة، ونزوعهم إلى أحكام أكثر مرونة في تعاملهم مع الأعراف[1].

وخلاصة ما نتوصّل إليه بعد عرض الدراسات الإناسيّة-التاريخية أنّها تتّخذ الوثائق المكتوبة مطيّة لدراسة العوامل الخارجية التي أنتجت جملة من المواقف التأويلية للفقهاء في التعامل مع ظاهرة العرف. فتعقبت مختلف العوامل الموضوعية التي أدّت إلى بناء علاقة مخصوصة بين الفقه والعرف كالخصوصية التاريخية (مجتمعات القرون الوسطى)، والخصوصية المعرفية الثقافية (هيمنة المشافهة والعلاقة المتوترة مع الكتابة الوافدة)، والخصوصية الاجتماعية-العرقية (صدام بين البداوة والتحضّر وبين البربر والعرب)،

(1) نذكر، على سبيل المثال، أنّ بعض المسائل العرفية كانت مرفوضة في البداية، ثمّ وقع الاعتراف بها في مراحل متأخرة مثل مؤسسة الخماسة، التي كانت منتشرة في شمال إفريقيا باعتبارها شكلاً من أشكال عقود المزارعة، وكان فقهاء المالكية ينكرونها لما يكتنفها من اضطراب وغرر في مقدار التعويض وطبيعته. ومع ذلك وقع تطبيقها دون التفات إلى الفقه، ما جعل رجلاً من رجال الإفتاء هو أبو علي المعداوي يكتب نصّاً في الردّ على هؤلاء المنكرين ممّن لا علم لهم بالعالم الزراعي رسالة بعنوان «رفع الالتباس عن شركة الخمّاس». انظر: حميش، بنسالم، التشكلات الإيديولوجية في الإسلام، دار المنتخب العربي للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1993م، ص183-184.

والعوامل السياسية (المخزن في مقابل السيبة). وكل تلك العوامل كان لها الأثر البالغ في تقديم صورة مختلفة لفقه البادية الشفوي عن فقه المدينة المكتوب والصارم.

ومع ذلك، وعلى الرغم من أهميّة هذه الدراسات، تظلّ قابلة للتطوير حتى يكون تفسيرها شاملاً ودقيقاً إذا ما تتبّعت تطور مفهوم العرف منذ النشأة إلى حدود استقرار الدلالة، واتضاح مناهج التعامل معه، سواء ضمن الأصول أم القواعد. فمسار إنتاج المفاهيم يبدو مفيداً لتفسير جميع التحوّلات التي طرأت على تعامل الفقهاء معه. وفي هذا المستوى بالذات وجدنا من اهتمّ بإشكاليّة التعامل الأصولي والفقهي، وذلك بالوقوف عند مختلف المواقف التأويلية، وما كان يجمع بينها ويوحّدها بالنّظر إلى صلة دليل العرف بالواقع الاجتماعي. وهذا ما نجد صداه ومضمونه في أطروحة حمادي ذويب **(جدل الأصول والواقع)**.

1-2-2- الدّراسات التأويليّة حول المدونة الأصولية:

ورد تناول المسألة في سياق إشكالية عامّة طرحها الكاتب في رسالته تتمثّل في أوجه العلاقة بين الأدلّة الأصولية والواقع التاريخي الذي نشأت فيه، وأسهمت في تشكّله. وقد اعتمد الكاتب منذ البداية على الاستئناس بمقاربات علمية حديثة ترفض دراسة المدونة الأصولية بأحكام إيمانيّة مسبقة، أو بفصلها عن سياقها وبيئتها وكأنّها علم عقليّ خالص لا أثر للواقع فيه. وسعى إلى استكشاف القواعد التأويلية الصريحة والضمنية في تصوّر الأصوليين للعلاقة بين العرف وسائر الأدلة. وانطلاقاً من اختيار هذه المقاربة، التي تلافى فيه نقائص المنهج المعتمد في الموقف الكلاسيكي المشار إليه سابقاً، حاول الكاتب الحفرَ في الخلفيات التاريخية للنّظرية الأصوليّة عند المسلمين، ورصد مختلف العوامل المساهمة في تشكيل مفاهيمها ومناهجها في التعامل مع الواقع، ليتوصل إلى تفكيك المسلمات التي كانت تحوم حول الأدلّة الرئيسة الأربعة، فأثبت من البداية وجود خلاف

قائم بين الفرق والمذاهب حولها، وردّ حجيتها الحقيقيّة إلى عوامل الزمان والمكان والثقافة السائدة بدل النصّ، ثمّ تطرّق إلى الأدلّة التبعية، فرأى، وفقاً للمنهج الذي انطلق منه، والذي يقرّ بأسبقية الواقع على الفكر، أنّ الأصول التبعية أو الفرعية قد كانت من الناحية التاريخية أسبق في النشأة من الأدلّة الرّئيسة قبل أن يقع تهميشها في المرحلة التأسيسية مع الشافعي لتتمّ العودة إليها لاحقاً منذ القرن الخامس بتأصيلها عبر البحث عن حجيتها وضبط أدوارها داخل التشريع بفعل تنامي التفاعل بين الأصول والواقع التاريخي[1].

وإثر هذه المقدّمات النظرية التي أطّرت البحث في الأدلة الأصولية ومسائلها تناول ذويب بالدّرس علاقة العرف الشرعي بالواقع، محاولاً استخلاص نتائج تفكك المسلمات التقليدية، ساعياً إلى إعادة بناء فهم آخر لهذه العلاقة، فتطرّق إلى أهمية هذا المبدأ الكوني في تشريعات الحضارات القديمة، سواء عند الرومان أم اليهود أم العرب قبل الإسلام، وكشف عن دلالة استناد التشريعات جميعاً إلى الواقع وإلى أولوية الممارسة على التشريع، ثمّ عرّج على اختلاف مفاهيمه عند العرب، وصعوبة التمييز بينه وبين مفهوم العادة، ليصل إلى مسألة الحجية التي تضفي عادة المشروعية الدّينية على الدّليل الأصولي، فتبيّن سعي الفقهاء إلى احتواء العرف ضمن المصادر التشريعية المعترف بها، وإلباسه لبوساً دينياً ينفي عنه صفة الاستقلال بالتشريع خشية أن يتحوّل الإنسان منافساً لله في التشريع[2].

ومن هنا أورد الكاتب بحث هؤلاء الأصوليين في حجيّة العرف الذي لم يخلُ من مواقف غامضة ومتضاربة، فكان إيرادهم لحجية القرآن لا من أجل التأصيل فحسب، بل لتقييده بالأدلّة الرّئيسة. ولئن وظّفوا الآية القرآنية ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَـٰهِلِينَ﴾ [الأعراف: 199] في اتجاه تبرير حجية

(1) ذويب، جدل الأصول والواقع، ص319.
(2) (م.ن)، ص325.

النصّ على هذا الدّليل، فإنّ ذلك لم يكن في اتجاه فسح المجال لاعتماده، بل لضبطه من خلال النصّ القرآني وآليات البيان. وعلى الرغم من تنازع المذاهب في تأويلها، تبيّن عدم إجماعهم عليها حجة من حجج النقل انطلاقاً من كون القرآن جاء ليغيّر عادات النّاس، فليس هناك ما يبرّر الأمر بها[1].

أمّا عن حجيّة الحديث، فكانت المواقف أكثر غموضاً واضطراباً من خلال الاعتماد على حديث واحد آحاد مختلف في صحّة سنده هو: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»[2]، فضلاً عن عموم معناه، وهذا ما يفسّر بإلحاح الواقع عليهم للتعويل عليه، مشيراً إلى اعتماده كذلك في حجيّة الإجماع والاستحسان، وهو ما يؤكّد حكم العقل في المنظومة الأصولية[3]. وبناءً عليه يُستنتج أنّ هناك تناقضاً بين المواقف المعلنة الساعية إلى إضفاء الشرعيّة الدّينيّة على هذا الدّليل من جهة، والحقيقة المخفيّة التي تكشف عن حاجة النّاس إلى مصادر أخرى في التشريع قوامها الممارسة النابعة من الاحتكاك بالواقع من جهة أخرى. وقد دعم هذا الاستنتاج من خلال رصده أوجه حضور العرف في المدوّنات الأصولية والفقهية بحسب المذاهب انطلاقاً من القرن الخامس الهجري[4]، والمباحث المتنوعة التي كان فيها إمّا أداة لفهم بلاغة النصّ ومجازه عند الشافعية، وإمّا وسيلة للتخصيص وتعويض القياس، وشرطاً في المعاملات والإفتاء عند الحنابلة على الرغم من تشدّدهم[5].

ومن أهمّ النتائج، التي استخلصها ذويب، بعد هذا الاستقراء الذي اعتمد فيه على الإحصاء، إقراره بأنّ وراء هذا الحضور القوي للعرف داخل

(1) ذويب، (م.ن)، ص327.
(2) (م.ن)، ص328.
(3) (م.ن)، ص330.
(4) (م.ن)، ص330، 332، 338، 341.
(5) (م.ن)، ص352، 364.

الفكر الأصولي والمدونات الفقهية وعياً بمدى ملامسته لجميع جوانب الحياة البشرية، فهو مؤثّر في اللغة والمعاملات وفضّ النزاعات بين النّاس، وهو جسر للتواصل بين الإنسان والواقع، ولذلك لم ينكر كثيرٌ من الأصوليين دورَه وقيمته في التشريع مثل القرافي[1]، ونادراً ما وجّه الفقهاء سهام انتقاداتهم للعادات السائدة والأعراف الموروثة لصعوبة إقناع عامّة الناس بالتخلّي عن ممارساتٍ انغرست في حياتهم، ومن ثَمّ نفهم سرّ اعتمادهم على القاعدة الفقهية المتداولة «الضرورات تبيح المحظورات»[2].

وفي هذا السياق، يعرض أمثلة ساطعة على تقديم العرف وتجاوز النصّ أثناء تناول الأصوليين للمسألة السياسية، وخصوصاً مع مشكلة الخلافة، فمن خلال ما قدّمه كل من الماوردي (450هـ/ 1058م) وابن الفرّاء (458هـ/ 1066م) في كتابين بالعنوان ذاته: (**الأحكام السلطانيّة**)، يتجلّى الأمر في تبنّيهما أعرافاً اجتماعية فرضها الواقع السياسي في العهدين البويهي والسلجوقي، دون أن تكون من صلب أوامر النصّ مثل إمارة التغلّب، وجواز نقل السلطة عبر التعيين والعهد، وإن اختلفا في شرط رتبة النسب القرشي الذي ظلّ عرفاً عربياً قديماً في هذه المؤسّسة[3].

عموماً أدرك ذويب أنّ العرف لم يخرج عن كونه أداة لتبرير الواقع عند هؤلاء، وهو ما أدّى إلى ثبات المؤسسة الدينية والحدّ من سلطة العرف التي تخضع عادةً لمنطق التغيّر، فكان عدم الاعتراف به يظهر في عمقه خشية الأصوليين ذاتهم من أنْ يتحوّل الإنسان مشرعاً إلى جانب الله، ما يهدّد أركان تلك المؤسّسة[4].

(1) (م.ن)، ص354.
(2) ذويب، (م.ن)، ص356.
(3) (م.ن)، ص364-365.
(4) (م.ن)، ص373.

توصل صاحب الأطروحة، في نهاية التحليل، إلى الكشف عن دلالتين من دلالات حضور العرف في المدوّنة الأصولية والفقهية: الأولى عبّرت عن مدى ضغط الواقع وضروراته ومقتضياته في التشريع، فكانت دافعة لهؤلاء العلماء إلى ضرورة اعتماده واللجوء إليه مصدراً عمليّاً للتشريع. أمّا الثانية فأوحت بدوره السلبي من خلال توظيف الفقهاء له لتبرير قيم معيّنة تحافظ على خصوصيّة المجتمعات القديمة في جنوحها إلى المحافظة بدل التحرّر، والثبات بدل التغيّر، فكان اللجوء إلى انتقاء الأعراف بما يناسب الوضع السياسي والاجتماعي والمادّي لهذه المجتمعات.

ولئن وجدنا في هذه القراءة الكثير من النتائج المنطقية المتولّدة عن منهج تأويلي ربط ما أنتجته مقررات الفكر الأصولي بالسيّاق التّاريخي العام، وكشف عن الصور المحتجبة للعرف ضمن أدوات الأصول الرئيسة والفرعيّة وقضاياه ومسائله، فإنّه يجدر بنا الوقوف عند بعض الملاحظات:

- الأولى: أنّ لجوء الفقهاء إلى الأعراف لم يكن لاحقاً لنشأة المدونات بل كان سابقاً، ولم يكن تغير الواقع فحسب هو الذي يملي عليهم استمداد أحكامهم من العرف، بل ثباته أحياناً وتطوره البطيء وقداسة أحكام الأسلاف كانت تملي الرجوع إليه. ويكفي مجرّد مراجعة للفروع حتى تحيلنا مباشرة إلى أعراف اجتماعية كانت سائدة قبل الإسلام، فالمرابحة والإجارة والسَّلَم (بفتح اللام) والاستصناع استنبطها الفقه قبل القرن الخامس الهجري، فضلاً عن جذور الكثير من الأحكام القطعية العرفية مثل القصاص والحدود والطّلاق. ولذا إنّ القول بأن لجوء الفقه والأصول إليه قد بدا واضحاً منذ القرن الخامس هو موقف في حاجة إلى مراجعة بالدقّة التاريخية الكافية.

وقد تبدو الحاجة ماسة إلى تجاوز التعميم الذي ينظر إلى العرف مصدراً تشريعياً منفصلاً عن المصادر الرئيسة في الوقت الذي نتبيّن فيه، عبر التحليل التاريخي والإجرائي، أنّه كان متداخلاً إلى حدٍّ بعيد مع تلك الأصول والمصادر، حيث نعثر على أثره في النّصوص الدينية، سواء من حيث كونه

مواد فقهية تشريعية، أم أداة من أدوات قراءة تلك النّصوص وتأويلها (الدّلالة العرفية)، أم خاصية من خاصيّات بناء موثوقية الحديث النبوي مثلما نعثر على دوره الحيوي في الإجماع والقياس والاستحسان.

- الثانية: أنّ معيار الإحصاء ليس جازماً على مدى اعتماده من قبل المذاهب[1]، فمفهوم العرف قد يتغيّر مصطلحه، وقد يوظف في سياق لا يعكس اعتباره. ولعل في تكرار عدد من الأمثلة الفقهية ضمن مؤلفات الفقهاء والأصوليين، دون إشارة إلى مصدرها العرفي وإدراجها، موقفاً في السنّة أو الإجماع ما يشي بعلاقة ما مع دليل العرف[2].

- الثالثة: أنّ الدور المحتجب للعرف لا يقتصر على ما له صلة بالمجال الاجتماعي مثل تكييف أحكام وتبرير أخرى، بل يتصل كذلك بآليات فهم الخطاب الشرعي كذلك، وهي مسألة أشار إليها الباحث دون أن يحلّلها ويبيّن أبعادها التشريعيّة الخطيرة، فالدلالة العرفية أو الحقيقة العرفية مصطلح كثير الورود عند الأغلبية الساحقة من الأصوليين على تنوّع مذاهبهم. ويظهر

---

(1) اعتمد الكاتب على معيار إحصاء نسبة تواتر عبارة العرف في مدونات الأصوليين للاستدلال على تفاوت نسبة الوعي به في المذاهب. والحال أنّ هؤلاء عبّروا عن مفهوم العرف بوساطة عبارات أخرى مثل العادة والحاجة والضرورة، ما يعني أنّ تلك الجداول قد لا تعكس الحقيقة التاريخية لمدى وعي هؤلاء بقيمة العرف. والملاحظة ذاتها سوف نجدها عند باحث غربي هو جدعون لبزون، الذي سنخصّص له عنصراً كاملاً لتقييم عمله لاحقاً.

(2) يلحظ هذا في المدونات الفقهية الأولى لمالك بن أنس (179هـ/ 795م)، وأبي حنيفة (150هـ/ 767م)، وكذلك في رسالة الشافعي في المسائل المتعلقة بالبيوع والعرايا والديّة والجنايات ولحوم الأضاحي. راجع: ابن أنس، مالك، المدونة الكبرى، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ت). السرخسي، المبسوط، تحقيق خليل محيي الدين الميس، دار الفكر، بيروت، ط1، 1421هـ/ 2000م. الشافعي، الرسالة، تحقيق أحمد محمّد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ت).

هذا من الوظيفة الدلالية مثل تفسير دلالة بعض النصوص الدينية، أو نقل بعض الألفاظ من الخاص إلى العام. وهذا لا نجده يتكرّر بين الأصوليين من الشافعية والحنابلة فحسب[1]، بل يُضاف إليهم الشيعة والإباضية[2]. وتبعاً لذلك، إنّ الحلقة المفقودة في هذا التحليل كانت تتمثّل في عدم تتبّع تطوّر مفهوم العرف عند الأصوليين، انطلاقاً من تصوّرهم لإشكاليّات العلاقة بين الخطاب والواقع ضمن مفهوم المرجع (la référence)، وانطلاقاً من الرؤية الكلامية المتصلة بمسألة السببية في الوجود. وإن كانت هذه قضايا على صلة بعلم أصول الدّين والاعتقاد، فإنّنا لا نعدم تأثيرها في ما استخلصوه حول منزلة دليل العرف في المنظومة الأصوليّة، وهو ما يكشف جزءاً من تمثّل الأصوليين للواقع على وجه أكثر دقّة وشمولاً ناهيك عن دور عوامل أخرى تقع خارج دائرة القضايا الأصولية والفقهية، وتتصل مباشرة بتأثير ممارسة عمل القضاء في هذا المبحث[3].

- الرّابعة: أنّ التعرّف إلى الاختلافات المذهبية في التعامل الأصولي مع العرف مهمّ جدّاً، إذ يمكّننا من تتبّع تنوّع السّياقات الفكرية ومدى اختلافها في رصد تطوّر الفكر الأصولي ودور تغيّر البيئة الحاضنة في كلّ ذلك، إلا أنّ ذلك قد يوقعنا في رؤية تجزيئية تخفي منزلته ضمن البنية الكليّة لنظام التفكير

---

(1) ذويب، (م.ن)، ص345 و349.

(2) الطوسي، أبو جعفر، عدّة الأصول، تحقيق محمّد رضا الأنصاري القمّي، مطبعة ستارة، قم، ط1، ج1، ص38-39. الورجلاني، أبو يعقوب، العدل والإنصاف في معرفة أصول الفقه والاختلاف، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، (د.ط)، 1984م، ج1، ص42.

(3) من العوامل التي لم تلتفت إليها دراسة حمادي ذويب حول هذه المسألة العلاقةُ بين تطوّر مفهوم العرف عند الأصوليين وتطوّر القضاء أو تاريخ القضاء، وهو ما أشار إليه وائل حلاق في دراساته المتعددة حول علم أصول الفقه، فالكاتب يذكر عامل ضغط الواقع دون أن يبيّن بوضوح مظاهر هذا الضغط المتجلّية عملياً في المشاكل التي طرأت على المؤسسة القضائية طول تاريخه الطويل في الإسلام.

الفقهي والأصولي الإسلامي على حدّ عبارة وائل حلاق، حيث يتجلّى الالتزام الصّارم بالقواعد النّظرية والفقهيّة التي تمارس قبضتها على عقول المجتهدين والقضاة المسلمين، وهو الذي له دور في تهميش أيّ تفسير نصّي يحاول تغيير الشريعة أو إعادة صياغتها[1].

- الخامسة: أنّ الكشف عن الدّور التبريري لتوظيف العرف فقهياً وأصولياً في المجال السيّاسي إن كان مفيداً ومثمراً في توضيح أبعاد العلاقة بين علم الأصول عموماً وخيارات السلطة السياسية[2]، فإنّنا لا نميل إلى الاعتقاد جزماً بأنّ الأصوليين كانوا دائماً راضخين لهذا المنطق الذي يختزل الإبداع في هذا العلم وربّما يشوّهه، بل قد يكون الرّضوخ هو لهذه البنية الكليّة المتحكمة في آليات تفكيرهم العقائدي والأصولي[3]. وقد يكون الانغلاق الديني وجهاً من وجوه مسعاهم إلى فرض استقلالية المؤسّسة الدّينية عن المؤسّسة السياسية[4].

(1) حلاق، وائل، نشأة الفقه الإسلامي وتطوره، ص270.

(2) ذويب، (م.ن)، ص373.

(3) لم تكن دوماً علاقة الفقهاء والعلماء بالسلطة السياسيّة قائمة على الرضوخ والتبعية، بل لقد سجّلت الوقائع التاريخية حالات كثيرة من الصدام بينهما، ويشهد على ذلك ما كتبه أبو العرب التميمي (330هـ/ 941م) ودوّنه في علاقات التوتر بين الطرفين التي تؤول عادة إلى نهايات مأساوية ودامية. راجع: كتاب المحن، تحقيق يحيى وهيب الجبوري، دار الغرب الإسلامي، ط3، 2006م، وكذلك القسم الأول من كتاب الصغير، عبد المجيد: الفكر الأصولي وإشكالية السلطة العلمية في الإسلام، دار المنتخب العربي، بيروت، ط1، 1999م.

(4) نتبيّن هذا من خلال الجدل القائم في الإسلاميات الغربية المعاصرة حول مدى تبعية الأصوليين للمؤسسة السيّاسية، والمسألة على صلة بدلالات إجازة التقليد ووظائفها الدينية/ الاجتماعية، فقد تكون شكلاً من أشكال تحصين المؤسسة الدّينية من أيّ اختراق ممكن للمؤسّسة السياسيّة، ولنا فيما توصلت إليه الإناسة الدينية أفضل حجة حينما أكّدت أنّ زمن المؤسسة الدّينية بطيء مقارنةً بزمن المؤسّسات الأخرى. للمزيد انظر:

ومن هنا سوف يكون مسعانا في هذا البحث التطرّق إلى مختلف العوامل التي كرّست توجّه الأصوليين للتعامل مع مسألة العرف بمنطقين مختلفين: تجلّى الأول من خلال الاعتراف به عملياً وتطبيقياً، وتجلّى الثاني في تهميشه بعدم اعتباره دليلاً مستقلاً ورئيساً ضمن أدلّة التشريع. ولذلك نرى أنّ بلوغ هذا المسعى يقتضي منّا البحث في رؤية المدارس الغربيّة التي تركت بصمات واضحة على دراسات العرب الحديثة حول هذه المسألة، من خلال تلك المعالجة التاريخية، التي تدعم دور العوامل الخارجية من جهة، ودور استمرار إرث الأجداد في بلورة تعامل مخصوص للمسلمين مع الأعراف الاجتماعية التي سادت واقعهم من جهة ثانية.

2- الدراسات الغربيّة: المنوال الاستشراقي ومسألة العرف في الإسلام:

تبلور اهتمام المستشرقين بإشكالية العرف في مصادر التشريع الإسلامي من خلال مجادلتهم مشكلةَ أصول الإسلام وجذوره، فقد خاض الغربيون جدلاً، طول أكثر من قرن، تمحور اهتمامه حول أصول الرسالة المحمّدية، ومدى موثوقية المصادر الإسلامية الأولى، أي القرآن والسنّة[1]، واحتلت تلك الدراسات حيزاً كبيراً في بحوث الغربيين الفيلولوجية، وكان الاعتماد في ذلك على المناهج ذاتها التي طُبّقت في دراساتهم حول الكتاب المقدّس، وهي التي جعلتهم يتوصلون إلى أنّ عوامل نشأة الدّيانات موضوعيّة خارجة عن نطاقه، ومن ثمّ استنتجوا أنّ الإسلام بدوره قد تشكّل عبر مصادر ثقافية

= Wael. B. Hallaq, "Was the gate of IJTIHAD closed", in International Journal of Middle East Studies, Vol. 16, No. 1 (Mar., 1984), p.12.

Roger Bastide, "Anthropologie Religieuse", Encyclopédie Universalis ;https:// www.universalis.fr/ >, T.II. 1984.

(1) يمكن مراجعة عدد من الكتب التي اهتمت بهذه المسألة مثل كتابيْ جون وانسبرو وجون بيرتون:

John Wansbrough, Quranic Studies: Sources and Methods of Scriptural Interpretation, (Oxford University Press, 1977).

John Burton, The collection of Quran, (Cambridge university press 1977).

خارجية شأنه شأن جميع الدّيانات الإبراهيمية المتأخرة، أي من خلال تفاعله مع الإرث الآرامي والرّوماني[1].

وكانت مسألة العرف على صلة وثيقة بهذا الجدل، إذْ مالت أغلبية الاتجاهات الاستشراقية إلى البحث في عامل التأثيرات الخارجية لدعم حججها. ويتضح ذلك في أعمال عدد مهم من روادها ممّن اعتمدوا على مختلف نظريات العلوم الإنسانية والاجتماعية الحديثة في القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين، وهو العصر الذهبي للشك والاستكشاف الذي شهد ولادة اختصاصات علمية جديدة متأثرة إلى حدّ بعيد بالمناهج العلمية في الفيزياء والعلوم الطبيعية .ويتضح من خلال مسار تطور الفكر الغربي أنّ علوماً مثل: اللسانيات، وعلميْ الاجتماع والإناسة، وعلم النفس، والنقد الأدبي، قد أخذت منعرجاً جديداً من خلال تركيزها على فكرة التطوّر عاملاً من عوامل تفسير الظواهر الكونية، وبات جليّاً أنّ أول عمل ينبغي القيام به لدى هؤلاء «التطوريين» هو الكشف عن أصول الظاهرة المدروسة، وتبيان جذورها وتعليلها، وهذا ما يفسّر لنا انشغال المستشرقين بالبحث عن جذور الإسلام من خلال الديانات السابقة والإرث الثقافي السائد في عصره[2].

ولمّا كانت المعرفة السائدة في ذلك الزمن (القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين) ترى في النموذج الغربي للمعرفة أرقى النماذج، فإنّه لم يكن مألوفاً أن تحدّد الظواهر والأشياء بغير تلك المنظومة المعرفية السائدة، والنّظر إلى التاريخ الإنساني لا يتمّ إلا في ضوء مفاهيم التقدّم والتطوّر والتمدّن الذي يجسّد قمته المثال الأوربي الحديث. ولذلك فإنّ دولة القانون في التفكير التشريعي والقانوني الحديث هي المنوال الأرقى والهدف الأسمى من سيرورة التفكير القانوني والتشريعي لكلّ المجتمعات.

---

(1) Ignaz Goldziher, Introduction to Islamic Theology and Law. Translated by Andras and Ruth Hamori (Princeton University Press, New jersey 1981).

(2) حلاق، نشأة الفقه الإسلامي وتطوره، ص7.

وضمن هذا المنظور حُدّد العرف من الناحية التاريخية بكونه قانوناً شفوياً (Lex non scripta) موسوماً بالمرونة والشفوية والقدم وعدم معرفة المصدر والبداوة وطابعه الفولكلوري الشعبي. وخلافاً لذلك اتّصف القانون الحديث المكتوب (Lex scripta) عندهم بالثبات والحداثة ومعرفة كاتبه وتمدّنه ونخبويته وأرستقراطيته. وفي ضوء هذه المفاهيم تمت دراسة التشريع الإسلامي في إطار سياقه المحلّي الذي نشأ فيه، إذ كثيراً ما وقع الخلط بينه وبين الثقافات المحلّية للمستعمرات الإفريقية والآسيوية[1].

ووفقاً لهذه الخلفية النّظرية قد يبدو مفيداً التذكير بأهمّ أعلام هذا المنوال الاستشراقي الطاغي على الدراسات الغربية حول الإسلام ومدوناته الفقهية والأصولية خصوصاً. ويمكن من خلالها رصد اتجاهين متكامليْن في الدراسات هما: الدراسات العرقية من جهة، والدّراسات النصية من جهة ثانيّة، حرصت فيها الأولى على البحث في المعطيات العرقيّة وأهمّ أعلامها: وليام روبرتسن سميث (William Robertson Smith 1894)، وكريستيان سنوك هرخرونيه (Christian Snouk Hurgronje 1936)، فيما اهتمت الثانية بقراءة المدونة النصيّة، وكان يمثلها كلّ من إغناتس غولدزيهر (Ignaz Goldziher, 1921)، وجوزيف شاخت (Joseph schacht, 1969)[2].

---

(1) Ayman Shabana, Custom In Islamic Law and Legal Theory: The development of The concepts of 'Urf and 'Adah in the Islamic Legal Tradition. (Palgrave Macmillan. New York.2010). p.18

(2) وجب التذكير بأنّ التعامل العلمي داخل هذا المنوال مع قضايا التشريع الإسلامي قد ظلّ متأرجحاً بين مجال الفقه من جهة، ومجال العرف وعادات الشعوب من جهة أخرى. وكثيراً ما وقع الخلط بين أحكام الشريعة والعرف، وغالباً ما وقعت الإشارة إلى هذا الأخير عرضاً باعتباره أداة فقهية مجرّدة مصنفة ضمن مسائل أشمل كالسنة والإجماع، وكان الاعتقاد سائداً بأنّه مجرّد ابتداع وشكل من أشكال التطوّر البطيء في مجال الفقه. انظر مثلاً مقاليْ «عادة» (ADA) لهنري بوسكيه (H. Bousquet) في دائرة المعارف الإسلامية (النسخة الفرنسية)، المجلد1، ص174-179، و«عرف» =

2-1- الدّراسات العرقية:

مثلت الدراسات العرقية أهم رافد من روافد البحث في أصول الإسلام وجذور مصادره النصية لدى المستشرقين، على الرغم من غياب اهتمامها بالمكوّنات النّظرية للتشريع الإسلامي وصلتها بواقع المجتمعات التي انتشرت فيه وانبثقت منه. وعُدَّ سميث وهرخرونيه من أوائل العلماء الأوربيين الذيْن انشغلوا مباشرةً بالعمل الميداني في المجتمعات، وقد خلفت بحوثهما أثراً بالغاً وجليّاً في الدراسات الإسلامية في الجامعات الغربيّة، وخصوصاً ما يتعلّق منها بمسألة العرف ودوره المحوري في تشكيل المنظومة التشريعية الإسلامية منذ النشأة. ولتتبع مسار تلك البحوث وإطارها النظري يحسُن أن نتحدّث عن المنطلقات العملية والنظرية التي أسست لهذه الرؤية انطلاقاً ممّا أرساه وليام روبرتسن سميث[1] من أفكار مهّدت لبناء هذا المنوال الاستشراقي حول الموضوع المطروح، فقد كان هذا الرجل مقتنعاً بأنّ وراء الديانات التوحيدية الثلاث يوجد تراث ديني قديم عايشته أجيال متعاقبة.

وانطلاقاً من مفهوم الإرث المشترك، ومن خلال عمله الميداني في شبه الجزيرة العربية، وبوساطة أدوات الفيلولوجيا المقارنة، وضع سميث منوالاً تأويلياً كشف من خلاله النقاب عن جملة من الألغاز الغامضة في التوراة العبرية. واعتماداً على دراسته للتاريخ القبلي للعرب استطاع صياغة رؤية حول التطور الاجتماعي والثقافي، ومن خلالها توصّل إلى تبيّن انبثاق المؤسسات الدينية والأعراف والطقوس الاجتماعية، مثل القربان من أعراف وعادات أقدم منها، ولذلك هي متعارضة في الأصل مع جوهر الرسالة الدينية في الكتاب المقدّس التي كانت تعتني أكثر بالتعاليم الروحية والأخلاقية ذات الصبغة

= (Urf) لـ هـ. ستيوارت (F.H. Stewart)، دائرة المعارف الإسلامية، المجلّد 10، ص959-962.

(1) T. O. Beidelman, W. Robertson Smith and the Sociological Study of Religion (Chicago: University of Chicago Press, 1974), p.6.

المطلقة[1]. وعلى الرغم من أنّه شكّك في جدوى المقارنة بين العبرانيين القدامى والبدو العرب (الأعراب) في العصر الحديث، كانت تحاليله حول جذور القربان مهمّة وذات أثر كبير في أعمال اللاحقين به، وإليه يعود الفضل في استحداث منهج المقارنة التطبيقي وفكرة التطوّر الاجتماعي والدّيني[2].

أمّا كريستيان سنوك هرخرونيه فهو أحد أهم الوجوه البارزة التي أسست للدراسات الفقهية الإسلامية القائمة على منهج العمل الميداني لعلم الأعراق (Ethnographie). ويرجع اهتمامه بهذا العمل إلى السنوات التي قضاها في شبه الجزيرة العربية وإندونيسيا في القرن التاسع عشر، حين دوّن، في بداية مسيرته العلمية، جملة من الملاحظات حول السكان الأصليين في إندونيسيا في ظل فترة الانتداب الهولندي، وأكّد من خلالها على دور العرف في تطوّر التراث الإسلامي عموماً والفقه خصوصاً. وتجلّى له ذلك بدقة في دراسته لطقوس الحج التي تُنسَب جذورها إلى الأعراف الجاهلية[3]. وطبقاً لهذه الملاحظات، رأى أنّ التحوّلات الطارئة في الإسلام لا يمكن أن تفسّر إلا بالمؤثرات الأجنبية، ولاسيما الأصول المسيحية-اليهودية، ولذلك كان التطور قوّة خارقة استطاعت تغيير جملة من القواعد الثابتة على الرغم من ادّعائها الأصول الإلهية.

اهتم هذا المستشرق بحياة المجتمعات الإسلامية اليومية عموماً، كما اهتمّ بالمجتمع الإندونيسي على وجه الخصوص، وذلك في كتابه المكوّن من جزأين بعنوان «**الآتشيه**» (The Achehnese)[4] سعى فيه إلى إنجاز دراسة

---

(1) William Robertson Smith: Lectures and Essays of William Robertson Smith, eds. John Sutherland Black and George Chrystal. London: A and C.Black, 1912, pp.484-597.

(2) Shabana Custom in Islamic Law and Legal Theory, p.20.

(3) G.H. Bousquet and J. Schacht, Selected Works of C.S., Leiden, Brill, p.5.

(4) الآتشيه هم سكان إندونيسيا الأصليون: C. S. Hurgronje, The Achenese, Leiden, Brill, 1906

«تفهمية» لحياة الإندونيسيين وفقاً لمنهج مقارنيّ كان قد اعتمد عليه في دراسة سابقة حول الحياة اليومية لسكان مكّة والوافدين لأداء مناسك الحج[1]، وخصص حيزاً كبيراً منه لدراسة تأثير العرف والعادات في المجتمع الإندونيسي وعلاقة كلّ ذلك بالفقه الإسلامي، فلاحظ أنّ هؤلاء السكّان يمتثلون في الغالب إلى قوانينهم العرفية الشفوية أكثر من امتثالهم لقواعد الفقه على الرغم من تعارض بعضها معه أحياناً[2]. وفضلاً عن ذلك، وجد أنّ كلا النّظامين (العرف والفقه) يتعايشان جنباً إلى جنب دون أن تكون هناك أفضلية لأحدهما على الآخر حتى إنّ كتب الفقه المترجمة إلى اللغة المحليّة لا أثر لها في الحياة اليومية «للإتشيه»[3]. ولا تقتصر ملاحظاته على الواقع الإندونيسي فحسب، بل كان يرى أنّ عجز المسلم عن الالتزام بمقتضيات دينه ليست ظاهرة جديدة، لأنّها نشأت في زمن مبكّر من التاريخ الإسلامي، وأنّ إلحاح الفقه على ضرورة التقيّد الصارم بالفرائض والواجبات الدينية يواجه في واقع الأمر باللامبالاة من طرف المؤمنين الذين يفتقرون في الغالب إلى المعرفة الشاملة بالدّين، ناهيك عن عدم قدرتهم على مراقبة هذا الالتزام الصارم بقواعد الفقه، ويرى هرخرونيه، على سبيل المثال، أن الحركة الوهابيّة، التي تزعم الخضوع التام للفقه، هي حركة أقليّة من عامّة المسلمين في العالم ممّن لا يتقيّدون في الغالب بقواعده[4].

انتهى تحليله في الختام إلى أهمّ نتيجة تعكس مكانة الأعراف عمليّاً، وهي أنّ التعارض بين التشريع الدّيني والممارسة البشرية أمر شائع ومنتشر

---

(1) كان هرخرونيه قد بدأ مسيرته العلمية بدراسة الحياة اليومية لسكان مكة والحجاج الإندونيسيين والهنود أثناء موسم الحج. انظر كتابه: صفحات من تاريخ مكّة المكرّمة، نقله إلى العربية علي عودة الشيخ، دارة الملك عبد العزيز، 1419هـ.

(2) Hurgronje, The Achehnese, 1:356, 363.

(3) Hurgronje, The Achehnese, 1:13.

(4) Ibid, 2: 227.

على نطاق واسع. ولذلك بدلاً من الخضوع التام والمثالي والحرفي للدّين تلجأ الأغلبية الساحقة من النّاس إلى تدابير عمليّة أخرى يقدمونها باعتبارها أحد اتجاهات الفقه المتّبعة، لكنها تقوم بدورها على أسس أخرى مختلفة نجد صداها في الإرث الجاهلي ومؤسساته[1].

وعندما تغيرت موازين القوى السياسية في العالم حينها لصالح المدّ الاستعماري الأوربي توقّع هذا الأخير أن يزداد انتشار الأعراف الشعبية في التشريع الإسلامي بمرور الزمن، وتنبّأ أن يتحوّل الإسلام إلى جملة من طقوس لا تأثير لها في الحياة العامّة للمسلمين.

حاول هرخرونيه، خلال مسيرته العلمية وأعماله التطبيقية، أن يجد تفسيراً لجذور الإسلام ولكيفية تطوّره سياسياً ودينياً ولعلاقته مع الفكر الحديث، مستعيناً في ذلك ببحوثه الميدانية الواسعة في شبه الجزيرة العربية وإندونيسيا، وهو ما مكّنه من الحديث بوثوق العالم الرّاسخ في علمه بإرجاع جاذبية الإسلام ونجاح انتشاره إلى التأثير البالغ للتراث التوحيدي المسيحي-اليهودي عليه عبر ارتباطه بتراث النبي إبراهيم المتجلّي خاصّة في طقوس الحج[2]. وتعرّض إلى جذور التشريع، وخاصّة السنّة النبوية التي عللها بقدرة الرسول على دمج النّظم الأجنبيّة ممثلةً في التراث الجاهلي والإرث اليهو-مسيحي، والتوفيق بينهما ضمن صيغة الحديث النبوي، غير أنّه رأى أن منهج الصحابة وطريقتهم في نقل الأحاديث كانا سبباً في طمس أثر هذه النّظم فيها[3]. واعتقد أنّ الفقهاء قد ضيقوا من دلالة العرف، وحدّوا مجال عمله،

---

(1) Ibid, 237, 277, 281.

(2) راجع كتابه بعنوان: المحمدية، وهو مجموعة محاضرات ألقيت تحت رعاية اللجنة الأمريكية للمحاضرات سنة 1914م، ونشر سنة 1916م.

Mohammedanism, Lectures on its Origins, its Religious and Political Growth, and its Present State, New York, Putnam's Sons, pp.67-106. 1916.

(3) Ibid, p.69.

فكانت الشريعة تتضمّن في الواقع قوّتيْن متعارضتيْن في حال نزاع دائم بيْنهما، إذ لم تتنازل أحكامها لفائدة العرف بل كان الظنّ هو أنّ اللاحق يأخذ المكان السابق دوماً[1].

ووفقاً لذلك، إنّ رؤية هرخرونيه التطورية قادته إلى التعامل مع التشريعات والمؤسسات الإسلامية باعتبارها أثراً بالياً من الماضي، حيث تبنى الرأي القائل بأنّ تطور المجتمعات البشرية يفضي في الأخير إلى القضاء على التشريعات الدينية ذات المصدر الإلهي، ويحوّلها إلى مجرّد خزانة للجواهر الثمينة في متحف العهود الغابرة، ويعلّل اختلال الوضع الإسلامي الحديث بافتقاده جوهراً روحياً، واعتماده المفرط على السلطة السياسية التي سوف تحول دون استمرار الإسلام بحيويته الأولى في حال انكسارها[2].

وانتهى في الختام إلى تقييم للإسلام، فرأى أنّ معضلته تكمن في افتقاده المرونة وتجاهله حاجيات أتباعه العمليّة، وهذا ما تسبّب في صعوبة اندماجهم في العالم الحديث، متوقعاً ازدياد العواقب الوخيمة على مصيره[3].

2-2- الدراسات حول المدونة الفقهية:

تنبني دراسات هذا القسم على قراءة أعمال كلٍّ من إغناتس غولدزيهر وجوزيف شاخت للتراث الفقهي والأصولي الإسلامي، وتُعدّ أعمالهما من أهم الأعمال الاستشراقية في هذا الميدان.

فقد عُرف الأوّل بدراساته حول جذور السنّة النبوية، التي واصل من خلالها تطوير استنتاجات سلفه هرخرونيه في هذه المسألة، حيث رأى أنّ الرسول لم يكن لديه الوعي الكامل أثناء حياته بأثر دينه في التاريخ، لأنّ

(1) Bousquet and Schacht, Selected Works, p.57.

(2) Selected Works, p.150.

(3) Ibid, p.133.

«التفكير المحمّدي كان منشغلاً أساساً -وفي الغالب- بظروف اللّحظة الرّاهنة»[1]، رافضاً الحجّة القائلة بأنّ «الإسلام دخل إلى التاريخ نظاماً متكاملاً»، بل ظهر إسلام محمّد وقرآنه إلى الوجود غير مكتمليْن، وكانا ينتظران الاستكمال من خلال أعمال الأجيال اللاحقة[2]. وقد ارتكزت هذه الاستنتاجات على إحدى أهم مسلماته التي رأت أنّ التطوّر في التشريع، الذي كانت تقتضيه الحاجة الاجتماعية، لم يحدث في الإسلام إلى حدود وفاة الرسول[3]. وفي هذا السياق يعرض جملة من الحجج في كتابه **(دراسات محمدية)** (Muhammedanische Studien) تدعم فكرة استعارة الرّسول للنظم الأجنبية، ومحاولة فرضها على العرب الذين لم يكونوا واعين بأهميتها، ولم تكن تلفت مجرّد الانتباه لديهم. وتبعاً لذلك، إنّ نجاح الرّسول يعود مباشرة إلى قدرته على ضمّ مختلف العناصر الأجنبية (اليهودية - المسيحية) والجاهلية العربية الأصيلة فيما بينها، انتهاء بإسهامها في تطوّر الدّين التوحيدي الجديد الذي ظهر في مكة[4]. وواضح أنّ تأثير سميث جليّ في هذه الاستنتاجات، وخصوصاً ما يتعلّق بتمسّك الجاهليين بأعراف أجدادهم وطقوسهم مقابل افتقارهم إلى رؤية عقدية متقدّمة، وهي المكوّن الرئيس الذي أضافه الرّسول إلى جانب تلك الأعراف الموروثة، كزيارة القبور وشعائر العبادة[5]. ولعلّ أهم ملاحظة تتصل مباشرة بمسألتنا هي تلك التي أوردها في صلب مجادلته لأصل السنة، حيث رأى أنّها لم تكن ابتداعاً إسلامياً، لأنّ المصطلح كان يستعمل في زمن الجاهلية، وتمسّك المسلمون الأوائل، طول القرن الأول للهجرة إلى بداية القرن الثاني، باستعماله للدلالة

---

(1) Goldziher, Introduction to Islamic Theology and Law, p.31.

(2) Ibid, p.32.

(3) Ibid, p.33.

(4) Goldziher, Muslim Studies, Allen and Unwin, 1967, T1, p.2, Introduction to Islamic Theology and Law, p.36, p.231.

(5) Goldziher, Muslim Studies, T1,p.209-238, T 2: pp.255-341.

على التقاليد وأعراف السابقين وعادات الأجداد. لكن مع مجيء العباسيين إلى الحكم وتحت تأثيرهم بدأ يتبلور المفهوم الإسلامي الجديد له.

في هذا السياق حاول غولدزيهر تتبع صلة بعض الأحاديث بالجذور الجاهلية من ناحية واليهودية-المسيحية (Judéo-Christian) من ناحية أخرى. وحاول أن يجد تفسيراً لتطوّر المذاهب الفقهية المبكرة، وخصوصاً مدرستيْ الرأي والحديث. فاعتبر الأولى متأثرة بالتراث الرّوماني، والثانية خاضعة لظاهرة انتحال الأحاديث التي تقع من أجل دعم آراء تشريعية وفقهية معينة[1]. وبرهن إثر ذلك على أنّ السنة لم تكن كافية لتقديم مواقف ثقافية تتماشى مع خطة الإسلام، وهو ما جعل الفقهاء الأوائل يستنبطون مبدأ تشريعياً آخر هو الإجماع لإدراج أعراف استحال إدماجها في السنّة. فحين احتاج الإجماع إلى الاستناد إلى السنّة لم تكن هناك صعوبة لابتداعها[2]. ومن ثمّ، إنّ دعم السنّة لحجية الإجماع لم يكن يثير إشكالاً. لكنّ مشروعية السنّة في حدّ ذاتها كانت مثار شكّ. وهنا يعترف غولدزيهر أنّ الفقهاء الأوائل اجتهدوا في سبيل تنقية الحديث وتمحيص الأصلي من الزائف منه. إلا أنّ تلك الجهود لم تكن لها القدرة الكافية لفرز الإرث السابق وتخليصه من الشوائب التي علقت به. وهكذا توصّل، في نهاية المطاف، إلى نتيجة مفادها أنّ التراث الفقهي الذي يُعدّ خلاصة التفكير الشامل للإسلام -وفقاً لعبارته- قد كان من النّاحية الزمنية أسبق من الحديث[3].

أمّا جوزيف شاخت فقد مثّل المرحلة الأرقى في مقاربات هذا الجيل الأوّل من المستشرقين المحدثين، حيث عُدَّت آراؤه أكثر تماسكاً وتنظيماً، وقد تركزت أعماله على المدونة الفقهية عموماً والحديث والسنة خصوصاً، فراجع جزءاً مهمّاً من أفكار سابقيه واستنتاجاتهم التي توصّلوا إليها،

(1) Ibid,T2. 81.

(2) Ibid,T2. 87.88.

(3) Ibid,T2. 193.

وخصوصاً تلك التي تتعلّق بمصادر التشريع في الإسلام. ولعلّ أهم مؤلّف ترك صدى واسعاً لدى المستشرقين والغربيين المهتمين بدراسة الإسلام كتابه (**مدخل إلى الفقه الإسلامي**) (An Introduction to Islamic Law)، الذي ظلّ في رأي هؤلاء ذا قيمة عظمى في هذا الميدان[1].

وتكمن قيمة أطروحة شاخت في تعديل آراء سابقيه ممّن كانوا يختصرون التشريع الإسلامي في كونه استنساخاً لتراث السابقين الجاهلي أو اليهو-مسيحي، بل كان لديه جمعاً غير منظم لذاك التراث[2] من جهة، ونسخاً بتغيير دلالات الأعراف وتعديلها من جهة أخرى، مبرهناً في ذلك على دور الرّسول في تجديد النّظام التشريعي السائد في الجزيرة العربية[3]. فلم تكن غايته استحداث نظام جديد، بل كان يحاول إزالة هذا التناقض الظاهري من خلال الإيحاء بأنّ المقصود هو إنشاء نظام أخلاقي يساعد المؤمن على اجتياز امتحان يوم القيامة بنجاح. وبإيجاز أنشأ، في البداية، نظاماً أخلاقياً دون عواقب قانونية، إلا أنّه تبعاً لتحوّل الظروف فيما بعد أخضع المبادئ الأخلاقية للمؤسسات التشريعية، وقد استدلّ على ذلك من خلال اقتران آيات الأحكام التي تحمل صبغة تشريعية بالتعاليم الأخلاقيّة (السرقة، الزنى، القتل، الربا...).

وعلى الرغم من ذلك، نبّه إلى أنّ العرف ظلّ، طول القرن الأول الهجري، القاعدة الأساسية للتشريع وتسيير الإدارة، وقد ساعد على ذلك استيعاب المسلمين الأوائل للمفهوم القديم للسنّة والقبول به دون أيّ إشكال، فضلاً عن عدم ظهور مفهوم إسلامي للتشريع -بالمعنى المصطلحي للعبارة-

---

(1) يمكن مراجعة ما كتبته جانيت واكين (Jeannette Wakin) حول شاخت في المرجع الآتي:

Jeanette Wakin, Remembering Joseph Schacht (1902-1969) (Cambridge: Islamic Legal Studies Program, Harvard Law School, 2003), 3.

(2) J. Schacht, Introduction au Droit Musulman, p.10.

(3) Ibid, 18.

بعد. وباختصار، إنّ جوزيف شاخت ربط بين تطوّر الفقه والاعتماد الواسع على النّظم التشريعية والإدارية السائدة آنذاك في الأقاليم المفتوحة على وجه الخصوص، مقدّماً أمثلة على ذلك في تبنّي قاعدة «إجماع العلماء» و«الأحكام الخمسة»[1]، فقد يسّر الموالي -وهم الوافدون الجدد على دار الإسلام- عمليّة التبنّي والاستيعاب، وهذا ما جعله يطلق عليها «مرحلة التفريخ» (période d'incubation)، أي تلك المدّة التي سمحت بالاستيعاب السهل واليسير للمفاهيم والأفكار والمبادئ التي خلفها تراث الشعوب في تلك الأقاليم[2]. وعلى الرغم من ذلك، إنّ تلك الأفكار والمبادئ لم تكتمل صورتها، ولم تتخذ شكلها النهائي، داخل المنظومة الفقهية أو الأصولية، إلا في القرن الثاني، لكن في غضون تلك السنوات كان القضاة يستندون أساساً إلى الممارسات العرفية، وعلى ضوء تعاليم القرآن ومبادئه الأخلاقية[3]، وينفي أن يكون لتراث هذا القضاء المبكّر أيّ أثرٍ ملموس في تطوّر السنن الفقهية في القرن الثاني الهجري/الثامن الميلادي.

ويلحّ على أن التطوّر قد تأثّر بفعل الظروف التي فصلت الفقه عن واقع الحياة، لأنّ الفقه لم يكن يعني إلا تجسيداً للمثال الديني في مقابل الواقع المتبدّل. وبهذا سوف يُحدث ظهور المدارس الفقهية المبكرة نقلةً نوعيّة في مسار تطوّر الفقه الإسلامي، فمن خلال الاعتماد على مفهوم التقليد الحي للمذهب ستغدو العادات العرفية للجماعة عادات مذهبية وأساساً لبناء مفهوم الإجماع[4]. يبرهن شاخت أنّ السنّة تأسست من العقود الأولى للقرن الثاني على تقديس شخصيات الماضي وإضفاء سلطة معيارية عليها إلى أن غدت في الثقافة الإسلاميّة محلّ تبجيل وتعظيم، فنسب إليها الفقهاء أعمالهم

(1) J. Schacht, Introduction au Droit Musulman, p.18.

(2) Ibid, 28.

(3) Ibid, 33.

(4) Schacht, Ibid, p.36.

واجتهاداتهم بعد إسباغ القداسة عليهم كي تكتسب آراؤهم المشروعية الدّينية اللازمة[1].

لقد ارتكزت أطروحة شاخت في عمومها على الاعتقاد بأنّ فترة تشكّل المعارف الإسلامية قد بدأت تقريباً سنة (150هـ/ 767م). وتبعاً لذلك يمكن تتبّع مراحل النموّ والتطور منذ تلك الفترة. أما المراحل السابقة التي أسماها بمراحل الاختمار، فقد كانت تفتقر إلى أي ميزة خاصّة، وهو ينظر إلى أنّ العرف كان أداة مقيّدة ليس لها دور يذكر في المنظومة الأصوليّة الكلاسيكية، فمع بداية القرن الرابع الهجري كان باب الاجتهاد قد أغلق، ومثّل ذلك إعلاناً عن بداية مرحلة جديدة في التاريخ الفقهي والأصولي الإسلامي. ومع ذلك شهد العرف نموّاً مطّرداً من خلال التواصل مع الحياة اليوميّة، على الرغم من محافظة علم الأصول على هيكله الأساسي الذي استقر عليه إثر تلك الفترة.

وإجمالاً، مثّلت أعمال شاخت الخطوط العريضة، التي سار على منوالها أغلب المستشرقين، ولاسيما تصوّرهم لدور العرف في تطوير التراث الفقهي الإسلامي المبكّر، وهي خطوط عامّة لا تكشف عن تصوّرهم لكيفية تشكّل الفقه الإسلامي فحسب، بل تكشف أيضاً عن تصوّرهم لنشأة الإسلام وتشكّله

(1) ميّز شاخت، في هذا السياق، بين صورة هذه الشخصيات (الصحابة) كما بدت في التراث وبين حقيقتها التاريخية مقدّماً شخصية الصحابي ابن مسعود مثالاً لذلك بين السّير والحقيقة التّاريخية. وقد استعان شاخت بمبدأ خلفيّة الإسقاط (Backward projection) فنفى وجود بعض الشخصيات من الناحيّة التاريخية مثل فقهاء المدينة السبعة، وكان ذاك النّفي مرحلة ضرورية كي يدعم أطروحته الكبرى التي ترى أنّ الفقه الإسلامي لم يشهد تطوّره في القرن الأوّل للهجرة في الحجاز مثلما تشير إلى ذلك المصادر التراثية في الإسلام، بل نشأ في العراق طول القرن الثاني تحت تأثير العوامل الخارجية غير العربيّة. وقد يقودنا ذلك إلى استنتاج أنّ العرف كان مصدر التشريع الأساسي طول القرن الأول الهجري: .Ibid. 37. وراجع كتابه:
The Origins Of Muhammadan Jurisprudence, Oxford, Calderon press, 1950, p.242.

في حدّ ذاته ديناً توحيدياً، غير أنّ هذا التصور لا ينبغي أن يُقرأ ويُدرس بمعزل عن المناخ المعرفي والثقافي والسياسي الذي ساد في عصرهم حين شهد تطوراً هائلاً للنزعة المركزية العرقيّة الأوربية خلال فترة ما بين الحربيْن مع صعود التيارات العنصرية المتطرفة في ألمانيا وإيطاليا، وهي ثمرة تطوّر تلك النزعة وتضخمها في الثقافة الغربيّة. ويظهر أنّ المنهج التطوّري في الدراسات كان أحد تجلّيات تلك النزعة إن لم يكن أحد عوامل تطويرها، إذْ نعتت ثقافات الشعوب الأخرى (غير الأوربية) بالتخلف والوحشية والبربرية، وهو ما لاح لنا من خلال منهج سميث الذي استلهم نتائج علميْ التاريخ والاجتماع السائديْن في عصره، وحاول عبرها إعادة قراءة تاريخ السّاميين ومؤسساتهم، متخذاً إياها قاعدة نظريّة لدراسة القبائل العربيّة المعاصرة. وقد كان لهذه الدراسة تأثير بالغ في أعمال عدد من المستشرقين اللاحقين له. ويلحظ هنا أنّ سميث مفكر متأثر بالمنهج التطوري مثل إدوارد ب. تايلور (Edward B. Tylor) وجيمس فريزر (James Frazer) اللذيْن كانا يعتقدان بحتمية تخلّي الشعوب عن الدين واستبدال العلم والتقنيّة به عند بلوغها مرحلة من التقدّم الفكري والثقافي، لكن سميث يعدِل عن ذلك قليلاً بالقول: «إنّ تطوّر الدّين سوف يؤدّي إلى التخلّي عن الشعائر والنّظم اللاهوتيّة والتمسّك بالأخلاق والإيتيقا»[1].

في هذا الإطار، يمكن لنا أن نفهم أنّ الهاجس المعرفي المتحكّم في جلّ أعمال المستشرقين -وخاصة ما يتصل بالبحث عن جذور الإسلام- هو هاجس متأثّر إلى حدّ بعيد بالمنوال التطوري السائد في العلوم الإنسانية منذ نهاية القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين. وقد دعمت الحركة الاستعماريّة هذه الدراسات والمقاربات من الناحية السياسية، فكان الظنّ الغالب لدى هؤلاء أنّ الاستعمار حتميّة تاريخية من شأنها مساعدة الشعوب

(1) Jacques Waardenburg, Classical Approaches to the Study of Religion (Berlin: de Gruyter, 1999). 150-159.

الضعيفة والمتخلّفة على إدراك التحضّر وبلوغ التقدّم. ولذلك ليس من المستغرب أن يقدّم هرخرونيه نفسه دائماً في دراساته العرقيّة المشار إليها سابقاً على أنّه خبير يفهم السكّان المحليّين أكثر من فهمهم لأنفسهم.

ومن الطبيعي أن يكون حكم المستشرقين المتأثرين بكلّ هذه السياقات المعرفية والتاريخية على الإسلام أنّه نظام مثالي منقطع عن الواقع، وبعيد عن تطلعات الشعوب الراغبة في التغيير. ولعلّ من أهم من كان يتبنى هذا الرأي ويدعمه، ويجسّد مثالاً للرؤية التطورية في قراءة التاريخ الإسلامي، هو نوال كولسن (Noel Coulson)، الذي سار على خُطا شاخت من خلال تركيزه على العلاقة التاريخية بين العرف والتراث التشريعي الإسلامي، مستخلصاً أن جوهر الإشكال يكمن في أنّ هذا التشريع قد ولد مثاليّاً منذ بدايته، فلم يتطور من خلال عمل القضاء مثلما حدث مع القانون الرّوماني أو القانون العرفي الإنجليزي، بل نشأ صياغة نظريّة فحسب، وكان لا يستجيب لحاجيات المجتمع المتبدّلة، بل نشأ في أصله على أنّه صياغة جديدة للأعراف السائدة بديلاً لها، فكان تطوّره بمعزل عنها[1]. وهو ما حوّله تدريجياً، مع اكتمال بناء المنظومة الأصولية في القرن الرابع الهجري/العاشر الميلادي، إلى علم استقرائي تأمّلي استحال فيه إلى مجرّد درس نظري يدرس لذاته فحسب. وبناء عليه تحوّل ذاك الفقه إلى نظام ساكن لا صلة له بالواقع الاجتماعي، وبدل أن يتفاعل مع ذاك الواقع كان يطالب بالتطابق مع أحكامه[2].

---

(1) موجز رؤية كولسن لنمو التشريع الفقهي الإسلامي أنّه مرّ بمرحلتين: الأولى قامت على تعديل النصّ القرآني للأعراف الجاهليّة مثل المهر والإرث والقصاص والحدود والقبول بأخرى مع إخضاعها لقيم الدّين الجديد. والثانية بعد وفاة الرّسول، وتتجسّد في استعارة النّظم العرفية الأجنبية مثل وضع الذمّي ووظيفة المحتسب وما إليها. راجع: كولسن، ن. ج.، في تاريخ التشريع الإسلامي، ترجمة وتعليق محمد أحمد سراح، المؤسسة الجامعية للدراسات والنّشر والتوزيع، بيروت، 1992م، الفصل الأول: التشريع القرآني، ص27-60.

(2) (م.ن)، ص114-115.

إنّ الملاحظة الجديرة بالذكر هنا أنّ معظم الدارسات الغربية، التي اشتغلت بإشكالية العلاقة بين التشريع الإسلامي والعرف، قد ركّزت على المرحلة التاريخية المبكرة للإسلام فيما بين القرنيْن الأوّل والثاني للهجرة، دون التوسّع في سائر القرون والمراحل التي شهدت هي أيضاً مستوى آخر من التعامل مع المسألة. وفي هذا السياق حاول الباحث الإسرائيلي جدعون لبزون (Gideon Libson)[1] أن يملأ الفراغ الذي خلّفته الدراسات الاستشراقيّة السابقة، التي رأت في العرف مجرّد أداة نظريّة ومصدر اعتباطي في التشريع الإسلامي، فخصّص دراسة كاملة للعرف في المذهب الحنفي[2]، محاولاً من خلالها القيام بمراجعة دقيقة وحذرة لبعض الدّراسات الاستشراقيّة، وتتبع المراحل التي مرّ بها هذا المصدر في مفهومه وتطبيقاته لدى فقهاء هذا المذهب وأصولييه.

حاول لبزون تتبع تطوّر مفهوم العرف في المذاهب الفقهية، فأشار إلى تراوح منزلته بين القبول والاعتبار من جهة، والإنكار والطمس من جهة أخرى. فالمذهب الحنفي، بحكم نشأته ضمن بيئة منفتحة في العراق عرفت تراكماً لإرث تشريعي متنوّع (بابلي، يهودي)، حظي باهتمام الفقهاء. أما مع سائر المذاهب الأخرى، فإنه كان أقل الأدلّة حضوراً وتأثيراً في مدوناتهم، فبيّن أنّ أعمال الشافعي تكاد تخلو من أي إشارة إليه ما عدا بعض المؤلّفات اللاحقة له المنسوبة إلى الشيرازي والماوردي، وهي مؤلفات حاولت الاعتراف به بحكم ضغط الواقع. أمّا المالكية فهي بالنسبة إليه أقل المذاهب إشارة إلى دليل العرف بحكم اعتمادهم على مفهوم عمل المدينة، لذلك كانوا يجتنبون اللجوء إلى أعراف أخرى غير تلك المتضمنة في دليلهم المشار إليه

(1) هو أحد أبرز المتخصصين في الدراسات المقارنة للفقهين اليهودي والإسلامي في الجامعة العبرية في القدس.

(2) Gideon Libson, On the Development of Custom as a source of Law. In: Islamic Law and Society, Vol.4. No.2. 1997, pp.131-155.

سابقاً[1]. ولئن حصر جوهر الإشكال في التناقض القائم بين المواقف النظرية من جهة، والممارسة العمليّة للفقهاء من جهة ثانيّة، فإنّه سعى، عبر تحقيب مراحل الفكر الأصولي، إلى الكشف عن وجود تطور في التعامل معه من المرحلة التأسيسية، التي أطلق عليها تسمية المرحلة ما قبل الكلاسيكية، إلى مرحلة تشكّل المدونة واكتمالها، التي أطلق عليها اسم المرحلة الكلاسيكية، إلى المرحلة التي تلتها، ونطلق عليها عادة مرحلة الانحطاط، ويسميها المرحلة ما بعد الكلاسيكية[2]. ويركّز على المرحلة الوسطى التي أبرز فيها هذا التناقض الجليّ بين النّظري والعملي من جهة والأصولي والفقهي من جهة أخرى، انطلاقاً من الجدل المشهور بين أبي يوسف (182هـ/ 798م) وأبي حنيفة النعمان (150هـ/ 767م) خاصة، وصولاً إلى مواقف المتأخرين في تلك المرحلة من فقهاء الشافعية ممن دافعوا عن ضرورة اعتبار العرف مصدراً رسمياً وأساسياً في التشريع[3].

ومجمل القول في تفسير لبزون أنّ هذا التطوّر، الذي آل إلى منح العرف اعترافاً عملياً بحكم الواقع (ipso facto)، ما كان ليحصل لو لم يتمّ إدماجه في أدلّة أصولية أخرى مثل السنّة والإجماع والاستحسان[4]، ناهيك عن امتداده في القواعد والتطبيقات الفقهية مثل العقود والمعاملات التجاريّة،

---

(1) Libson, Ibid, p.133.

(2) يؤرّخ لتطور مظاهر التعامل مع هذه المسألة من خلال التمييز بين مراحل ثلاث هي: المرحلة ما قبل الكلاسيكية التي تمتد إلى حدود القرن الثالث الهجري/ التاسع الميلادي، والتي كانت موسومة برفض الاعتراف بالعرف مصدراً للتشريع، والمرحلة الكلاسيكية التي تمتد إلى حدود القرن العاشر الهجري/ السادس عشر الميلادي، والتي عرفت محاولات لضمّ العرف وإدماجه في التشريع دون منحه صفة الاعتراف الرّسمي، وأخيراً المرحلة ما بعد الكلاسيكية التي تبدأ مع نهاية القرن العاشر إلى حدود العصر الحديث. (م.ن)، ص136.

(3) Libson, Ibid, p.137.

(4) Ibid, p.138.

وهو ما نجد صداه لدى عدّة فقهاء في مختلف المذاهب السنية والشيعية[1]. ويُفسَّر ذلك بقدرة العرف على توضيح الحقوق والواجبات وتفصيلها في التعاقد من جهة، وعلى دوره مصدراً احتياطياً وتعويضياً في الحالات لا يقع فيها التنصيص على شروط العقد، وهو ما نجده عند ابن رشد (ت 595هـ/ 1198م) مثلاً في مسألة البيوع في كتابه (**بداية المجتهد**) مثلما نجده في الفصل (44) من (مجلّة الأحكام العدليّة العثمانية)[2].

وبيّن أنّ عامل تطوّر الزمن، على الرغم من كثرة العوامل التي أدّت إلى انحسار الاهتمام بالعرف، كان كفيلاً بتدرّج الفقه الإسلامي نحو تغييرات متعددة نبّهت إلى دوره ودور مقتضيات العادات الاجتماعية. ومن ثمّ ازدادت الحاجة إليه حتى غدا، مع نهاية الفترة الكلاسيكية، مصدراً حيوياً مستقلاً في التفكير الفقهي، وخاصّة مع الفقيه ابن نجيم الحنفي (ت 970هـ/ 1563م). ففي هذه المرحلة، التي تبدأ من القرن العاشر الهجري/ السادس عشر الميلادي إلى حدود ظهور الأعمال الفقهية المكتوبة في العصر الحديث، أصبح العرف عمليّاً مصدراً أساسياً للفقه، مثلما تنبئ عنه مجلّة الأحكام العثمانية الصادرة في القرن التاسع عشر[3].

ويختم الباحث تحليله برؤية مقارنة بين الفقهيْن الإسلامي واليهودي

---

(1) Ibid, p.153.

(2) Gideon Libson, "On the Development of Custom as a source of Law in Islamic Law", Ibid, p.154.

(3) ظهرت مجلة «الأحكام العدلية العثمانية» سنة 1293هـ/ 1876م. وقد عُدَّت أوّل تدوين للفقه الإسلامي في المجال المدني، وسعت عبرها إلى سدّ الكثير من الفراغات العديدة في القوانين التجارية والمعاملات المالية وغيرها، وجمعت بين دفّتيها العديد من الأحكام الفقهية المتناثرة والمبدّدة في شكل منظّم ومبوّب. ثمّ تدوين القانون المدني المصري على يد عبد الرزاق السنهوري في أربعينيات القرن الماضي، الذي مثّل امتداداً إصلاحياً للتشريعات القضائية. راجع:
Bernard Botiveau, Loi islamique et Droit dans les sociétés arabes, p.125.

موجزها أنّه إذا كان العرف قد تقنّع في المجال الإسلامي بوساطة أدلّة أخرى مثل السنة والإجماع والاستحسان، فإنّه عرف مع التراث اليهودي اعترافاً مباشراً أصلاً من أصول التشريع، وخصوصاً في حقبة الفقهاء [الجيونم] (The Geonic Period) ليتوصل إثرها إلى الاعتقاد بأنّ كلا النظامیْن التشريعيَّيْن قد بلغا الهدف نفسه بطرق مختلفة، معتقداً أنّ دراسة العرف فيهما من شأنها أن تكشف لنا بعض جوانب التطور في كلا الفقهين، فضلاً عن إنارة الخلفيات النّظرية التي قادت هذا التطور عبر المسار التاريخي المتصاعد[1].

وإجمالاً، إذا كانت أهمية دراسة لبزون تكمن في محاولة تلافي نقائص الدراسات الاستشراقية، فإنّ مجهوده لا يحجب تأثره بمنوال تلك الدراسات ذاتها، إذْ لم تخلُ بعض استنتاجاته من مظاهر التعميم أحياناً، وإعادة إنتاج الخطاب نفسه. فعلى سبيل المثال، لاحظ أنّ الشافعي كان متجاهلاً للعرف، ولا يكاد يشير إليه في كتاب (**الرّسالة**) على الرغم من تواتر ذكره في الأعمال اللاحقة له. لكن بمجرد مراجعة الكتاب نجد أنّ الشافعي ضمّن معنى العرف في عبارات أخرى مثل: «السلم» و«العرايا» و«المزابنة»، وهي أسماء لأعراف تجاريّة سائدة في زمنه[2]. وينكر في الآن ذاته عدم تعامل المذهب الحنبلي مع العرف. والحال أنّنا نجد لدى ابن عقيل (513هـ/ 1119م) اهتماماً بهذه المسألة في كتابه (**الواضح في أصول الفقه**)، وكذلك مع ابن قيم الجوزية (751هـ/ 1349م) في كتابه (**إعلام الموقعين**)[3]. ومثل هذا التعميم قد يقدّم

---

(1) Ibid, 115.

(2) راجع: الشافعي، محمد بن إدريس، الرّسالة. انظر مجادلته لمسألة لحوم الأضاحي، ج2، (ص242-235) الصفقة (ص338) العرايا (ص331).

(3) انظر: ابن عقيل، الواضح في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1999م، ج2، ص423، ج3، ص406. ولمزيد التوسع في مسألة العرف في المذهب الحنبلي راجع أطروحة: قوته، عادل بن عبد القادر بعنوان: العرف: حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، المكتبة المكيّة، مكّة، 1997م.

انطباعاً متسرّعاً لا يأخذ في الاعتبار تعدّد المصطلحات التي تعبّر عن مضمون المفهوم[1].

عموماً، قد نتبيّن تطوّراً بطيئاً في تعامل الأصوليين مع هذه المسألة، لكنّ ذلك لا يعكس ضرورة موقف الرّفض المطلق أو التجاهل الكامل له. فما نجده عند الشافعي قد يكون الجذور الأولى لمفهوم العرف الذي كان يتشكّل داخل المنظومة الأصولية. وفي الوقت ذاته قد تكون أعمال المتأخرين ترجمةً لتلك التراكمات التي بدأت منذ مرحلة التأسيس، وتمحورت حول تطوّر هذا المفهوم أصولياً. بل لعلّ أهميّة تلك الأمثلة التي أوردها الشافعي، ومن قبله مالك وأبو حنيفة، كانت في الواقع تجسيداً لمختلف مراحل التطوّر الذي شهده التراث التشريعي (الفقهي والأصولي) مثلما كانت تشير، في الوقت ذاته، إلى خاصيّة العرف كأداة من أدوات التفسير في أصول الفقه[2].

---

(1) ظلّت دراسته متشبعة بالمنوال الاستشراقي، إذْ يلوح بما لا يدع للشك مجالاً وقوعه في التعميم والالتباس، وخاصّة في التمييز بين العرف والسنّة، حين يتبنّى إلى حدٍّ ما موقف أسلافه ممّن كانوا يبحثون عن جذورها ومدى موثوقيتها، ففي سياق الحديث عن التعارض بين العرف والسنة، من خلال ذاك الجدل الشهير بين أبي يوسف وبقية فقهاء المذهب الحنفي، يتوصّل هذا الأخير إلى الاعتقاد بأنّ السنة بأكملها قائمة كليّاً على العرف. يذكر لبزون هذا الاستنتاج في كتابه:
Gideon Libson, Jewish and Islamic Law: A Comparative Study of Custom during the Geonic Period (Cambridge: Harvard University Press, 2003), pp.180-181.

(2) في دراسة حول مفهوم العمل في المذهب المالكي، يلحظ عمر فاروق عبد الله: «أنّ النّظم المنهجية الفاعلة في الفكر موجودة في الواقع، وربّما برزت للواقع حتى قبل تشكّل المصطلحات والحدود التي تفسّر منهجية تلك النّظم الفكرية». تكمن قيمة هذه الملاحظة في وجوب اقتفاءِ مثلِ هذه الدراسات المتعلقة بتاريخ الأفكار منهجَ استكشاف المفاهيم أولاً، وتحديد المصطلحات التي تقوم عليها تلك المفاهيم ثانياً. انظر:
Umar Faruq Abd-Allah, Malik's Concept of Amal in the Light of Malikî Legal Theory, (Ph.D. Diss., University of Chicago, 1978), pp.12-15.

إنّ نموذج لبزون هو مثال للدراسات المراجعة لمنوال استشراقي كلاسيكي عرف ردوداً مختلفة في العقود الأخيرة. ولعلّ أهم مراجعة تتعلّق بمسألتنا هي العلاقة بين العرف والسنة والإجماع، التي ردّ فيها كلّ من فضل الرحمن وأحمد حسن على أحكام شاخت حول تطابق السنّة والعرف، فاعتبرا أنّ السنّة ليست مجرّد قانون للسلوك (Law of behavior) بل قانون معياريّ للأخلاق (normative moral Law)، ولم تكن منفصلة عن الممارسات العرفية الأولى للمسلمين، على الرغم من التحوّلات الدلالية التي طرأت على مفهومها في فترات لاحقة، وكانت وفق ذاك المنطق تقترب كي تكون إجماعاً أساسه الاجتهاد إلى الحدّ الذي كادت تكون فيه مرادفةً له. ومن ثمّ بينّا كيفية تثبيته أصولياً من قبل الشافعي بجعله في مرتبة ثالثة بعد الحديث، وكيف ظلّت دلالته تتطابق أحياناً مع العرف، وهذا ما طرح إشكالاً حول جدوى الحديث عن استقلال كل دليل بمفرده من جهة، واختراق العرف لتلك الأدلّة من جهة أخرى، وقد يكون ذاك الحرج من دوافع التأكيد على أهمية دليل «العمل» عند بعض المذاهب[1].

خاتمة الفصل:

تعاملت مختلف الدراسات، على تنوّع مشاربها والأطر التاريخية والجغرافية التي أنتجت فيها، مع المسألة من خلال ما توافر لديها من أدوات نظريّة كانت تعكس تطوّر مسار المواقف التأويلية، فكانت أدوات التحليل تستند في جملتها إلى نوعية المدارس المعرفية التي كانت سائدة في فضاء كلّ دراسة من تلك الدّراسات، وقد خلصنا، على الرغم من اختلاف الهواجس

---

(1) راجع:

Fazlur Rahman, Islamic Methodology in History (Kratchi: Central Institute Of Islamic Research,1965), pp.6, 23.

Ahmad Hasan, The early Development of Islamic Jurisprudence (Islamabad: Islamic Research Institute 1970), pp.86-91.

بينها، إلى فارق كبير في مستوى الدّراسات العربية بين تيار كلاسيكي كان منواله قائماً في الغالب على أدوات معرفيّة تقليدية تقوم على الشرح والتيسير وتراكم المعلومات دون إثارة إشكاليات وتيار حديث تأسّس منهجه على مساءلة المواقف التأويلية القديمة في ضوء ما توافر من مستخلصات العلوم الإنسانية الحديثة حول الحقائق الكونية للتاريخ الإنساني، وعلى هديها أعادت بناء التصورات التأويلية من منطلق تعليل التغيّر والاختلاف الذي كان يطبع تعامل المسلم عبر التاريخ مع العرف، ومن ثمّ كشفت دوره العملي، بل سلطته التي تتجاوز أحياناً قداسة الالتزام بالنصّ الديني.

ولئن مثلت الدراسات العربية الحديثة تحوّلاً في مجرى التفكير حول هذه المسألة، فإنّ ذلك لا يجعلنا ننكر دور تأثير الدراسات الغربية الاستشراقية على وجه الخصوص في ذلك التحوّل، فهي التي وظّفت مستخلصات العلوم الإنسانية والاجتماعية في أواخر القرن التاسع عشر ونهاية القرن العشرين لاكتشاف الآخر المختلف، وتفسير تاريخ تطور أفكاره. ولعل أهمّ ما شغلهم في هذا المجال هو البحث عن كيفية تطور الفقه الإسلامي، وتفسير نشأة الإسلام ذاته. وقد قادتهم رؤيتهم التطورية، التي كانت تعكس شعوراً بتفوق العنصر الأوربي على غيره، إلى إنكار العوامل الذّاتية في ذاك التطوّر، وإرجاعه جميعاً إلى الاقتباس عن الآخر، فأفرز ذلك تصوراً قائماً على أحكام عامة ومسبقة أحياناً انتهت إلى تجاهل تام للحيوية الفكرية الذاتية التي تعاملت مع العرف باعتباره مظهراً يجسّد شكلاً من أشكال التشريع الوضعيّ للإنسان من جهة، حاملة معها رؤية مخصوصة كانت فيها للعوامل المعرفية والاجتماعية والدينية والعرقية أدوار ما. إلا أنّ التعميم لا يمكن أن يحجب مزايا تلك الدّراسات التي تميّزت بدقة متناهية في ضبط مراحل التحوّل الفكري داخل المذاهب، وفيما بينها، فتوقفت عند إشكالات لم تكن مطروحة في الدراسات العربية، فمن خلال تعقب مصادر الأعراف التّاريخية المضمنة، سواء الشريعة أم في مختلف الأدلّة الأصولية، غدت لدينا القناعة

بضرورة إعادة قراءة الشريعة الإسلامية، وهي تتشكّل انطلاقاً من عوامل تاريخية متشابكة أساسها تفاعل المسلم مع تبدل واقعه قبل التزامه بثوابت نصوصه المتعاليّة، وقد يكون ذلك منطلقاً لاكتشاف مدى قدرة المؤسّسين على التفاعل إيجاباً مع تلك المقتضيات الحاسمة، وما أفرزه هذا التفاعل إثر ذلك من مسار تأويلي متواصل غايته المواءمة بين الدّيني والتاريخي. قد يكون العرف أحد الأسباب الفاعلة في تلك السيرورة، وشكلاً من أشكال حلّ معضلاتها.



الفصل الثّاني

العرف
بين حدّ اللّغة وأفق المصطلح

مقدّمة:

قد تعترض الباحث في مجال علم أصول الفقه جملةٌ من الصعوبات تتصل بتحديد مفهوم مصطلح له علاقة بأدلّة التشريع ومنظومة التفكير الأصولية وجهاز مفاهيمه المتصل مباشرة ببنية تفكير ثقافة كاملة تحكّمت فيها سياقات متعدّدة الرّوافد والآثار، وأهمها عوامل تأثير الزّمان والمكان، وأثر المعارف الدخيلة التي واكبت مسار علم من العلوم، أو حقل من حقول المعرفة. ومفهوم العرف هو أكثر المفاهيم الأصولية إثارة للجدل لصلته بالتاريخ وتطور الأحداث والوقائع والمعارف، وهو لا يشذّ عن طبيعة تشكّل أيّ مفهوم في حقول المعرفة، انطلاقاً من نسيج اللغة العام، فهو مواضعة بين جماعة معيّنة، ومن طبيعة أيّ مواضعة خضوعها لقانون التغيّر والتطور باعتبارها وليدة تفاعل اللغة مع الواقع. وبناء عليه يغدو العرف، شأنه شأن جلّ المفاهيم المتولدة عن المواضعات، خاضعاً للتطور والتبدّل باختلاف الزمان والمكان وحقول المعرفة وأنواع الخطاب.

وما دام الأمر كذلك، فإنّ مدار بحثنا في هذا الفصل هو الانطلاق من رصد الحدود اللغوية المشكّلة للمفهوم، مروراً بملاحظة الحدود التي ضبطتها

اصطلاحات المدونة التراثية على اختلاف ميادينها ومجالاتها، وصولاً إلى الدّلالات الفلسفية والاجتماعية والقانونية التي صاغتها المعرفة الحديثة من خلال مقاربات العلوم الإنسانية الكاشفة عن جزء من دلالة العرف الكونية.

1- حدّ العرف لغة:

تعدّدت معاني العرف في المعاجم العربية، واختلفت دلالتها بتنوّع السياقات التي وردت فيها، ومعلوم أنّ الافتقار إلى معجم تاريخي للغة العربية قد يعسّر مهمة الباحث في سبيل ضبط المراحل التي قطعتها العبارة إلى أن استقرت اليوم في دلالتها الاصطلاحية. ومن ثمّ يُستحسن الاستئناس بمناهج بعض الباحثين ممّن اعتمدوا طريقة تتبع معاني العبارة من العام إلى الخاص، ومن الحسّي إلى العقلي، ومن الحقيقي إلى المجازي، وهو منهج وجدناه معتمداً لدى عدد لا يستهان به من الباحثين استهداء بما ضبطه المستشرق الألماني أوغست فيشر (August Fischer) من مبادئ لاستجلاء المراحل التي قطعتها كل عبارة في تحوّلها الدّلالي[1].

وقد اعتمدنا على عدد مهمّ من المعاجم في سبيل ضبط الدلالات المعجمية التي أثارتها عبارة «عُرف»، منها: (**معجم مقاييس اللغة**) لابن فارس (ت 395هـ/ 1005م)، و(**مختار الصحاح**) للرّازي (ت 666هـ/ 1268م)، و(**لسان العرب**) لابن منظور (ت 711هـ/ 1312م)، و(**القاموس المحيط**) للفيروزأبادي (ت 817هـ/ 1414م)، و(**تاج العروس**) للزبيدي (ت 1205هـ/ 1791م).

وأول المعاني التي تعترضنا من حيث دلالتها الحسية ولها صلة مباشرة بهذه العبارة هو معنى الارتفاع والعلو مثلما جاء في (**لسان العرب**) لابن منظور في قوله: «عرف الرّمل والجبل وكل عال: ظهْره وأعاليه. وقوله

---

(1) فيشر، أوغست، المعجم اللغوي التاريخي، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، ط1، 1967م، ص24.

تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْأَعْرَافِ رِجَالٌ﴾ [الأعراف: 46]، والأعراف في اللغة جمع عُرْف وهو كل عالٍ مرتفع. وقد قال الزجاج: الأَعْرافُ أعالي السُّور. وقال بعض المفسرين: الأعراف أعالي سُور بين أهل الجنة وأَهل النار»[1]. ويفسّر ابن منظور الصلة بين العرف ومعنى العلو والارتفاع من خلال استعمال الناس العبارة التي يشيرون بها إلى عنق الديك بقوله: «وعرف الدّيك والفرس والدّابة وغيرها: منبت الشعر والرّيش من العنق، وعُرْف الفرس من الناصية إلى المِنْسَج، وقيل هو اللحم الذي ينبت عليه العُرْف»[2].

ومن المعاني الأخرى المتصلة بالدلالة الحسية لعبارة «عُرف» معنى التتابع والترتيب، إذ يقول ابن منظور: «العُرف قيل هي الملائكة أُرسلت مُتتابعة. يقال هو مُستعار من عُرْف الفرس، أي يتتابَعون كعُرْف الفرس. وفي حديث كعْب بن عُجْرةَ: جاؤوا كأَنَّهم عُرْف أي يتْبَع بعضهم بعضاً، وقرئت عُرْفاً وعُرُفاً والمعنى واحد»[3].

وإلى ذلك تُضاف الدلالة على الرّائحة الطيبة، فابن فارس مثلاً يعقد صلة دلالية بين عُرف (بضم العين) وعَرف (بفتح العين) معتبراً أنّه باب من أبواب العبارة الأولى، وتعني الرَّائحة الطيِّبة، لأنَّ النَّفس تسكُن إليها. ويقال: ما أطيَبَ عَرْفَه في قوله تعالى: ﴿وَيُدْخِلُهُمُ ٱلْجَنَّةَ عَرَّفَهَا لَهُمْ﴾ [محمَّد: 6]؛ أي طيَّبها، ويستشهد ببيت في الشعر عن ذلك هو:

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، تحقيق هلال مصيلحي ومصطفى هلال، ط1، دار صادر، بيروت، ط1، 1990م، مادة (ع ر ف).

(2) ابن منظور، (م.ن).

(3) ابن منظور، (م.ن)، مادة ع ر ف. يضيف الزبيدي فيقول في مادة (ع ر ف): «ويُقال: طارَ القَطَا عُرْفاً بالضَّم: أي مُتَتابِعَةً بَعْضُها خَلْفَ بَعْض. ويُقالُ: جاءَ القَوْمُ عُرْفاً عُرْفاً أي مُتَتابِعَةً كذلك، ومنهُ حدِيثُ كعْبِ بنِ عُجْرَةَ: جاءُوا كأَنَّهُم عُرْفٌ أي يَتْبَعُ بعضُهُمْ بَعْضاً، قِيلَ: ومنه قَولُه تعالى: ﴿وَٱلْمُرْسَلَٰتِ عُرْفًا﴾ [المُرسَلات: 1] وهي المَلائكةُ أُرْسِلَتْ مُتَتابِعَةً». الزبيدي، تاج العروس، دار الهداية، (د.ط)، (د.ت)، باب العين، مادة (ع ر ف).

[من الطويل]

ألا رُبَّ يـومٍ قـد لَـهَـوْتُ ولَـيْـلَـةٍ بواضحةِ الخدّين طيِّبة العَرْفِ[1]

وإذا ما توسعنا في العلاقة بين هذه العبارة ومثيلاتها اشتقاقياً خرجنا تدريجياً من الدلالات الحسية إلى العقلية، وهذا ما نلاحظه في دلالتها على معاني صيغ أخرى مثل العارفة والمعروف والعريف المتصلة بها من حيث الدلالة غير الحسية أو المعنوية، فرأى ابن فارس والزبيدي أنّ الأصل الآخر لهذه العبارة المعرفة والعرفان[2]. ومن دلالة المعرفة انتقلت العبارة للدلالة على معنى آخر هو المعروف، وهو ضد النّكر من جهة[3]. في قول الزبيدي: «والعُرْفُ: ضِدُّ النُّكْرِ وهذا فقد تَقدم له، فهو تَكْرارٌ، ومنه قَوْلُ النابِغَةِ الذُّبْيانِيِّ يَعْتَذِرُ إلى النُّعْمانِ بنِ المُنْذِرِ:

[من الطويل]

أَبَـى اللهُ إلا عَـدْلَـه ووَفَـاءه فـلا النُّكْرُ مَعْرُوفٌ ولا العُرْفُ ضائعُ»[4]

وكذلك الدّلالة على الإحسان في قول ابن منظور: «والعرف والمعروف الجود. وقيل هو اسم ما تبذله وتسديه... والمعروف كالعرف. وقوله تعالى: ﴿وَأْتَمِرُواْ بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطّلَاق: 6] قيل في التفسير المعروف الكسوة والدّثار، وأن لا يقصّر الرجل في نفقة المرأة التي ترضع ولده إذا كانت والدته. وقوله عز وجل: ﴿وَٱلْمُرْسَلَٰتِ عُرْفًا﴾ [المُرسَلات: 1]، قال بعض المفسرين فيها إنّها أرسلت بالعرف والإحسان، وقيل يعني الملائكة أرسلوا بالعرف والإحسان. والعرف والعارفة والمعروف واحد ضدّ النّكر، وهو كل ما تعرفه النّفس من

---

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللّغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1979م، باب: عرف.

(2) ابن فارس، (م.ن). والزبيدي، تاج العروس، (ع ر ف).

(3) يعرّفه ابن منظور بقوله: «والعرف ضدّ النكر يقال أولاه عرفاً أي معروفاً والمعروف والعارفة خلاف النّكر»، لسان العرب.

(4) الزبيدي، تاج العروس.

الخير وتبسأ به وتطمئن إليه»[1]. أمّا ابن فارس فقد وسّع من هذه الدلالة ليجعل العرف الذي يعني المعروف دالاً على الاطمئنان وسكون النفس بقوله: «تقول: عَرَف فلانٌ فلاناً عِرفاناً ومَعرِفة .وهذا أمر معروف. وهذا يدلُّ على ما قلناه من سُكونه إليه، لأنَّ مَن أنكر شيئاً توحَّشَ منه ونَبَا عنْه»[2].

ويتّخذ الزبيدي تعريف ابن فارس منطلقاً له ليتحدث عن دلالة أخرى للعرف، إضافة إلى دلالة مخالفتها للنكر وهي دلالة الاعتراف، فيقول: «والعُرْفُ اسمٌ من الاعْتِرافِ الذِي هو بمَعْنَى الإقْرارِ. تَقُول: لَهُ عليَّ أَلْفُ عُرْفاً: أَي اعْتِرافاً، وهو تَوْكِيدٌ»[3].

ومن المشتقات الأخرى، التي وجدنا لها علاقة عند اللغويين بالعرف، عبارة عريف، حيث جعلها ابن فارس دالة على من يقوم بالجماعة بقوله: «فأمَّا العَرِيف فقال الخليل: هو القيِّم بأمرِ قومٍ قد عَرَف عليهم. قال: وإنّما سمِّي عريفاً لأنَّه عُرِف بذلك. ويقال بل العِرَافةَ كالوِلاية، وكأنَّه سمِّي بذلك ليعرف أحوالهم»[4]. ويجعلها الرّازي دالّة على معنى الشخص العليم أو العالم من جهة، مثلما تدلّ على سيّد القوم ورئيسهم في قوله: «والعَرِيفُ أيضاً النقيب، وهو دون الرئيس، والجمع عُرَفاءُ وبابه ظرف إذا صار عريفاً»[5]. ويقدّم ابن منظور شرحاً لتلك العبارة، حيث يورد حديثاً لطاووس: «أنه سأل ابن عباس رضي الله عنهما ما معنى قول النّاس أهل القرآن عُرفاء

---

(1) ابن منظور، (م.ن).

(2) ابن فارس، (م.ن).

(3) ابن فارس، معجم مقاييس اللّغة، وهو المعنى عينه الذي ذهب إليه الرّازي في مختار الصحاح، إذْ ربط بين معنييْن: الاعتراف وتسميه الوقوف بعرفة، لأنّ المتعبّدين يقفون للاعتراف بذنوبهم والإقرار بها أمام الله تعالى، ويسمى ذلك تعريفاً. راجع: مختار الصّحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمّد، المكتبة العصرية، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، باب العين، (ع ر ف).

(4) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، [ع ر ف].

(5) الرّازي، مختار الصحاح. [ع ر ف].

أهل الجنة؟ فقال: رؤساء أهل الجنة»[1]. فالعريف عنده هو «النقيب وهو شاهد القوم وضمينهم أي الكفيل لهم»[2].

وترد دلالات ثانوية أخرى مثل معنى «الصبر، إذْ يقيم ابن فارس صلة بين عرف وعارف وعُروفاً للدلالة على هذا المعنى مستشهداً ببيت شعري للنابغة قال فيه:

[من الطويل]

على عارفاتٍ للطِّعان عَوابِسٍ بهنَّ كلُومٌ بين دامٍ وجالِبِ

فالعارفات هنا بمعنى الصابرات»[3].

ومن خلال هذا الجرد والاستقراء، نخلص إلى تبين أهم الدلالات التي تحوم حولها عبارة «عُرْف»، وأهمّها:

معنى الارتفاع والعلوّ. وهو ما يتضح في تفسير اللّغويين لمعنى عرف الرمل أو الجبل أو عرف الدّيك أو الفرس، وهو الشعر الموجود في أعلى العنق. ومنها تفسير المفسرين الأعراف في القرآن بأعالي السور الفاصل بين الجنة والنّار[4]. ومن الارتفاع جاء معنى الأول والابتداء الذي استعمل في التعبير المجازي الذي ذكره الزّبيدي سابقاً حول أعراف الرياح أو السحاب. لكن هذا المعنى الحسّي يتّسع للدلالة على معنى عقلي هو الرّئاسة، وهي

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، [ع ر ف].

(2) لسان العرب، [ع ر ف].

(3) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة.

(4) انظر: الطبري، أبو جعفر (ت 310هـ/ 922م)، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 1400هـ/ 1980م، ج12، ص449. حيث يقدم عدداً من الرّوايات التي تتفق في معنى السور العالي الذي يحجب الجنة عن النار. وكذلك يذهب إلى الدلالة ذاتها أبو عبيدة معمر بن المثنى في: مجاز القرآن، تحقيق فؤاد سيزكين، مكتبة الخانجي، القاهرة، ج1، ص215.

علوية أحدهم على الآخرين. وهذا ما يتجلّى في معنى عبارة «العريف» التي تعني الرئيس أو سيد القوم.

- التتابع والانتظام واتصال الشيء بعضه ببعض، ومنه فسرت المرسلات عرفاً بالملائكة التي أرسلت متتابعة، ومعنى طيران القطا عرفاً، أي طيرانها متتابعة.
- ما كان ضد النكر. وهو المعروف بالمعنى الحسّي أولاً، وهو ما كان واضحاً جليّاً لا غموض فيه، وبالمعنى العقلي أي العلم والمعرفة، ثم بالمعنى المتصل بالدلالة الأخلاقية، أي القيم الفاضلة والخير والإحسان.
- الاعتراف والإقرار بالحق وتأكيده. ومنه جاءت تسمية جبل عرفات والوقوف بعرفة بمعنى الإقرار بالذنوب وطلب المغفرة[1].
- الطمأنينة والسّكينة. فالعرف من وجهه العقلي هو المعروف الذي تسكن إليه النفس وتطمئن وفق ما ذكره الزبيدي في تعريفه. ومن جهة أخرى يرتبط هذا الوجه العقلي أو النفسي بالمعنى الحسّي الذي فسّر العرف بالرائحة الطيبة، لأن النفس تسكن إليها. ومنها جاء تعبير العرب بقولهم: «النفس عروف» إذا حملت على أمر فباءت به أي اطمأنت[2].

وليست هذه المعاني قائمة مغلقة ونهائية لعبارة العرف، بل قد نجد صلات أخرى بين أوائل المعاني وثوانيها المتولدة عنها. ومنها يمكن أن نتبين استرسالاً بين المعاني الكبرى ونظيرتها الحافة بها يتجلّى فيما يأتي:

- صلة العرف بمعنيَي التساوي (الإنصاف)، ثم العدل، اللّذين يوحي بهما معنى التتابع والانتظام، ثمّ ما يتبين لنا في العلاقة التلازمية بين معنى الإحسان والطمأنينة المتولدة من معنى المعروف وضرورة العدل في

---

(1) في تسمية جبل عرفة معنيان: الأول العلو لأن الجبل عالٍ، والثاني الاعتراف بالذنوب وطلب الغفران. «والتعريف أيضاً الوقوف بعرفات، والاعتراف بالذنب الإقرار له». الرّازي: «مختار الصحاح»، [ع ر ف].

(2) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، [ع ر ف].

الشاهد الشعري للنابغة الذبياني السالف الذكر. ومنها ارتباط العدل برفض كل ما هو منكر بالمعنى الأخلاقي للعبارة.

- صلة بالعلم والمعرفة من جهة والإحسان والخير من جهة ثانية.
- صلة العرف بالعريف، لأن هذا الأخير الكفيل بتطبيق ما تعارف عليه الناس من المعروف، أي قيم الخير والإحسان.
- صلة بمعنى التعارف الذي يؤدّي إلى اندماج الناس بعضهم ببعض لبناء المؤسسات الاجتماعيّة في أيّ شكل من الأشكال.

على أنّنا قد نلمس وجود صلات بين الحدود اللغوية والاصطلاحية تنجم في مستوى علاقة الناس بالعرف في التقبّل، فهو أحد مظاهر الاكتساب الإنساني المنظم لواقعه من خلال تحمّل دلالته اللغوية لمعنى الترتيب والاتساق من ناحية، ومعنى العلويّة والسلطة من ناحية أخرى. وقد تتخذ فيها عملية التقبّل طابع الاطمئنان والارتياح، وهذا هو الرّكن النّفسي الذي يعقد بين الحدّ اللغوي والتعريف الاصطلاحي صلات وثيقة يمكن من خلالها سبر أغواره المفهوميّة. فكيف عرّف القدامى من مناطقة وأصوليين وفقهاء العرف اصطلاحياً؟

2- حدّ العرف اصطلاحاً في التراث الإسلامي:

اختلف القدامى في تحديد معنى العرف من حيث الاصطلاح، فقد واجهوا إشكالات متعددة، سواء في ضبط الدّلالة الدقيقة أم في تمييزه عن دلالات مصطلحات أخرى مثل العادة والعمل والتقليد. وقد تكون آثار تلك الصعوبة عاملاً مهمّاً كانت له انعكاسات على العديد من البحوث التي خاضت في إشكالية العرف داخل الثقافة الإسلامية، وخاصّة ما يتعلّق منها بالعلوم الدينية منها، أي الفقه وعلم الأصول، وقد يعود هذا إلى ظاهرة الاسترسال الدلالي الذي عرفه جزء من المعجم العربي في تطوره، وهو ما أدّى إلى الخلط أحياناً بين العرف والعادة من جهة، والعرف والعمل والعرف والإجماع من جهة ثانية. ومن المفيد هنا أن نستعرض هذه التعريفات

ومسارها التّاريخي الذي بدأ بتعريفات محدودة وضيقة في مستوى الدلالة، وصولاً إلى التعرّف إلى مختلف الدّلالات التي أحاطت بالمصطلح مع تطوّر العلوم وتعدد الرّوافد المعرفية التي شقت مختلف قطاعات الثقافة الإسلامية، وأثّرت في صياغة هذا المصطلح وتقبّله فيها.

2-1- دلالات العرف في القرآن:

لئن وردت عبارة العرف في القرآن بصيغة المفرد مرّة واحدة في سورة الأعراف(1)، وبصيغة الجمع مرتين في السورة ذاتها(2)، فإنّنا نجد صيغاً أخرى مشتركة معها في الجذر مثل عبارة المعروف التي تتواتر بكثافة في القرآن. وقد عقد المفسرون القدامى صلة بين العبارتين في إفادة المعنى ذاته. فالعرف، كما يفسّره هؤلاء، مرادف للمعروف أحياناً(3). وهو متلخّص في معنى صلة الرّحم والعفو عن الظالم وكل ما أمر به الله من أعمال وفقاً للطبري(4). ويلحظ هنا أن عبارة المعروف كثيراً ما وردت متلازمة مع عبارة المنكر في عدد غير قليل من الآيات في الصيغة المتعارف عليها «الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر». وإذا كان البعض قد مال إلى تفسير ذلك

---

(1) ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ﴾ [الأعراف: 199].

(2) ﴿وَعَلَى ٱلْأَعْرَافِ رِجَالٌ يَعْرِفُونَ كُلًّا بِسِيمَٰهُمْ﴾ [الأعراف: 46]. ﴿وَنَادَىٰٓ أَصْحَٰبُ ٱلْأَعْرَافِ رِجَالًا يَعْرِفُونَهُم بِسِيمَٰهُمْ﴾ [الأعراف: 48].

(3) انظر: الطبري، جامع البيان، ج13، ص331. وابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة، ط2، 1999م، ج3، ص532. وأبو عبيدة، معمر بن المثنى (ت 209هـ/ 824م)، مجاز القرآن، تحقيق فؤاد سيزكين، مكتبة الخانجي، القاهرة، 1961م، ج1، ص263. والأصفهاني، الرّاغب (ت 502هـ/ 1108م)، المفردات في غريب القرآن، تحقيق محمد سيد الكيلاني، دار المعرفة، بيروت، (د.ت)، ص332. مع العلم بأنّ عبارة المعروف تواترت ثمانياً وثلاثين مرّة في القرآن وفق إحصاء أحمد فؤاد عبد الباقي في: المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، دار الحديث، القاهرة، 2001م، ص562-563.

(4) الطبري، (م.ن).

بارتباطها بمعنى الفريضة التي ينبغي أن تقوم بها الجماعة المؤمنة انطلاقاً من طبيعة الفعلين اللذين يدلان على معنى الوجوب «الأمر» و«النهي»[1]، فإنّ عبارة المعروف في حدّ ذاتها قد اقترنت بسياقات متراوحة بين ما هو شرعي أحياناً وما هو أخلاقي أحياناً أخرى. وقد تجلّت السّياقات الشرعية خصوصاً في سورتَي البقرة والنساء في مسائل القصاص والطلاق والرضاعة وكسوة الأزواج ووراثة النساء والنكاح[2]. أما السياقات الأخلاقية فقد اقترنت بمعنى الإحسان وفعل الخير، وارتبطت بموضوعات تعبدية شعائرية مثل الصلاة والزكاة[3]. وهذا ما يقدّم انطباعاً أوّلياً على ارتباط العبارة بدلالات متعددة جمعت بين المعنى الضيق المتصل بقواعد الاجتماع المقيد بالزمن والمعنى الأوسع المتصل بقيم الأخلاق في الكون، وصولاً إلى المعنى العقدي الذي يربط بين ذاك الفعل الموسوم بالأخلاق والإيمان بعقيدة التوحيد والتزام نواميسها عبادة وسلوكاً. وهي الغاية المثلى التي يهدف إليها القرآن. وينجلي ذلك في وصف الجماعة التي تتقيّد بهذا المبدأ في الآية الآتية: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ

---

(1) كوك، مايكل، الأمر بالمعروف والنّهي عن المنكر، ص54.

(2) في سورة البقرة، مسألة القصاص (الآية 178)، والوصية (الآية 180)، والطلاق (الآيات 228، 229، 232، 236)، والرضاعة وكسوة الزوجات (الآية 233)، ووراثة النساء وعضلهن، وفي سورة النساء (الآية 19) والنكاح (الآية 25).

(3) يقترن المعروف بالإحسان في الآيتين: ﴿فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ [البَقَرَة: 178]، ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البَقَرَة: 229]؛ وبالخير في ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ [آل عِمرَان: 104]، ﴿يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُسَارِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَأُولَئِكَ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾ [آل عِمرَان: 114]، والإيمان بالله ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُم مِّنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [آل عِمرَان: 110]، والصبر الآية 17 من سورة لقمان. أما اقترانها بالصلاة والزكاة فيظهر ذلك في الآيتين: 71 و112 من سورة التوبة، والآية 41 من الحج، والآية 17 من لقمان.

أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ ءَامَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ مِنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [آل عِمرَان: 110]. وفي وصف المؤمنين به في هذه الآية ﴿التَّائِبُونَ الْعَابِدُونَ الْحَامِدُونَ السَّائِحُونَ الرَّاكِعُونَ السَّاجِدُونَ الْآمِرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّاهُونَ عَنِ الْمُنكَرِ وَالْحَافِظُونَ لِحُدُودِ اللَّهِ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [التوبَة: 112].

يقودنا كلّ ذلك إلى استنتاج أنّ معنى العرف القرآن تلبست فيه دلالة الفقه الاجتماعية بدلالة الأخلاق القيمية. ويكمن وجه ذلك في استعمال عبارة المعروف في السنّة التقريرية مؤكّدة لمظهر من مظاهر التشريع السائد في حديث الرسول لهند بنت عتبة، حين قال لها ردّاً على شكواها من شحّ أبي سفيان في النفقة: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[1]، إذْ فسّرها معظم شارحي الحديث بدلالة العرف السّائد[2]. وعلى الرغم من رصد اختلاف في إحالة العبارة على المعنى الأخلاقي وهي مفردة، وارتباطها بمعنى أسطوري في الجمع (الأسوار التي تفصل بين الجنّة والنّار) إلا أنّنا قد لا ننفي وجود خلفية تأويلية حكمت التفسير اللغوي، وارتبطت بسياقات نشأة علم التفسير منذ القرن الثالث الهجري/ العاشر الميلادي. قد تكون من ضمن غاياتها السعي إلى تسييج الخلافات حول القرآن بتقريب مختلف فروع العلوم الإسلامية إلى بعضها، وتكريس البعد الإيماني في السلوك. ولعلّ تلك هي الأسباب التي تفسّر مكانة العرف في فقه عصر التأسيس والتّدوين والضبط. وهذا ما يجعلنا نتساءل افتراضاً: ما الذي يمكن أن يحدث لو قُرئت دلالة العرف في سورة الأعراف بالمعنى الضيّق التاريخي الذي عكسته علاقة القرآن بالموروث الجاهلي والمحيط الاجتماعي؟

(1) أخرجه البخاري، الجامع الصحيح، دار الشعب، القاهرة، ط1، 1987م، ج3، ص103.

(2) أبو عجيلة، مصطفى، العرف وأثره في التشريع الإسلامي، المنشأة العامة للنشر والتوزيع، طرابلس، ط1، 1986م، ص147-150.

2-2- العرف اصطلاحاً ومفهوماً بين الأصول والفقه والكلام:

عرفت دلالة العرف لدى الأصوليين تطوراً وتحويراً عبر مراحل تطور فكرهم انتقلت فيها من مفهوم ضيّق محدود إلى مفهوم واسع وشامل تقاطع فيها مع مفاهيم أخرى متصلة به. وفي هذا السياق عثرنا على تعريف له بداية من القرن الخامس الهجري/ الحادي عشر الميلادي في مدوّنة السمعاني (ت 489هـ/ 1096م) بقوله: «والعرف ما يعرفه النّاس ويتعارفونه فيما بينهم معاملة، فصار العرف في صفة القبوض والإحراز والنفوذ»[1]، ليقصره على مجال المعاملات بين الناس. وهذا ما جعله مفتقداً طابع العموم والشمول مثلما عبّر عن ذلك حمادي ذويب[2]. إلا أننا سوف نلمس تطوّراً في حدّ مصطلح العرف خلال القرون اللاحقة لدى المسلمين من أصوليين وفقهاء وغيرهم. فمع أبي الثناء اللامشي الأصولي الحنفي (ت 539هـ/ 1144م) الذي تلاه، نجد توسعاً في التعريف في قوله: «والعرف والمعروف ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول»[3]. وهو تعريف يشترك فيه مع النسفي الفقيه الحنفي (ت 710هـ/ 1311م) في كتابه (**المستصفى**)[4]. ويظهر التوسّع هنا في جعل العرف والعادة مترادفيْن في المعنى من جهة، وفي دور النفس والعقل باعتبارهما مصدرَي القبول من جهة

(1) السمعاني، أبو مظفر منصور، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999م، ج1، ص291.

(2) ذويب، جدل الأصول والواقع، ص322.

(3) اللامشي، أبو الثناء، أصول اللامشي، تحقيق عبد المجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1995م، ص84.

(4) «والعرف والعادة ما استقرّ في النفوس من جهة قضايا العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول». النسفي، حافظ الدّين، المستصفى: شرح لمختصر الفقه النّافع لأبي القاسم محمد بن يوسف السمرقندي، تحقيق أحمد بن محمد بن سعد آل سعد الغامدي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، ص425.

ثانية، وفي صفة السلامة معياراً من جهة ثالثة. ويضيف الجرجاني (ت 816هـ/ 1413م) في تعريفاته مظاهر أخرى للعرف بقوله: «العرف ما استقرت النّفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطّباع بالقبول، وهو حجة أيضاً، لكنه أسرع إلى الفهم، وكذا العادة هي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى»[1]. وإنِ ارتبط تعريفه بمفاهيم كلامية إسلامية واضحة في إحالته على مفهوم الفطرة الإسلامي، من خلال العلاقة التي يمكن أنْ تنعقد بين العقل والنفس والطباع في القبول بالعرف، وفي توافر شرط السلامة الذي يخرج المحرّمات والممنوعات منه، فإنّه جعله شاملاً للفعل والقول معاً. وتظهر تلك الإضافة في ربطه بين قبول الطباع وسرعة الفهم. ونجد هذا في تعارف الناس على استعمال ألفاظ وعبارات لمعانٍ تخرج عن الوضع اللغوي، وترتبط بما يتبادر في الذهن. وهو جزء من نظريات لغوية وبلاغية تربط القول بالإدراك لدى الأصوليين. ثم في إدراج مبدأ الاطّراد في عودة الناس إلى تلك العادة مرّة بعد أخرى[2].

ومع ذلك، إنّ هذه التعريفات لم تخْلُ من بعدٍ معياري في التحليل يحجب النّظر الموضوعي المتجرّد من المواقف الذاتية، ويضفي الغموض على المفاهيم، فالطباع التي يستند إليها العرف متنوعة ومختلفة، ولا يمكن أن تكون واحدة. فما كان يراه المسلمون قديماً ثابتاً وقارّاً غدا اليوم، بفضل تطور المعارف حول الإنسان والثقافة، مفهوماً نسبياً ومتحوّلاً عبر الزمان والمكان. فالأخذ بشهادة العقول وتلقي الطباع للعرف بالقبول هو معيار نسبي، لأنّ العرف متغيّر بتغيّر الطباع. فما هو سليم في مجتمع قبيح في آخر، وما هو مقبول في حقبة زمنية ما مرفوض في أخرى[3]. ومن ثمّ يبدو واضحاً

---

(1) الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ص193.

(2) يمكن مراجعة تفسير أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص8-9.

(3) ذويب، جدل الأصول والواقع، ص323.

أن المعرفة الإسلامية الوسيطة ظلّت قاصرة عن مدّنا بمفهوم شامل وموسّع وموضوعي لظاهرة العرف متطابقة مع متغيّرات الواقع وتحوّلات التّاريخ. وقد يكون صدى الصراع بين مقولتي المعتزلة والأشاعرة في «التحسين والتقبيح» مخلفاً أثره في تلك التعريفات وتفسيراتها المختلفة[1].

2-2-1- العرف: أركانه وشروطه عند الأصوليين والفقهاء:

لمْ تكن التعريفات المتنوعة والمتعدّدة حائلاً أمام الأصوليين لضبط جملة من الشروط المعتبرة والمميزة للعرف. فقد لخّصوها في ركنيْن كبيرين هما: الركن النّفسي والركن المادي. تجسّد الأول في السياق الذي وردت فيه التعريفات المذكورة سابقاً والمتمثّلة في قبول النفوس له واستحسان العقل وتقبّل الطّباع إياه. وهذا الشرط هو الذي يؤول إلى مبدأ الشعور بالوجوب والإلزام في اتّباعه مسلكاً للتعامل وقاعدة للسّلوك. ولعلّنا نجد صداه في قول الشاطبي: «إذا كانت العوائد معتبرة شرعاً فلا يقدح في اعتبارها انحرافها ما بقيت عادة على الجملة»[2].

أمّا الرّكن الثاني فإنّ أهم خصائصه الاطّراد. وينجم عنه توافر عدد من الصفات أهمها صفتا العموم والقدم، إذْ تعني الأولى سيادة تطبيق العرف في الوسط الذي نشأ فيه وتكرّر مرّة بعد أخرى. وقد عبّر بعض الأصوليين عن معناه بعبارة الاشتهار كما ورد على لسان القرافي[3]. وصنّف الأصوليون صفة

---

(1) راجع مقال محمد حسنين حسنين: مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث، تموز/يوليو 1989م، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كليّة الشريعة والقانون، ص104.

(2) الشاطبي، أبو إسحاق، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق عبد الله درّاز، المكتبة التّجاريّة الكبرى، القاهرة، (د.ت)، ج2، ص288.

(3) في قوله: «الاشتهار أن يكون أهل العرف لا يفهمون عند الإطلاق إلا ذلك المعنى، لا من لفظ الفقهاء بل من استعمالهم لذلك اللفظ في ذلك المعنى، فهذا هو الاشتهار المعتبر لنقل اللفظ من اللغة إلى العرف». القرافي، شهاب الدّين، الأحكام =

العموم والاشتهار عمليّاً إلى عرف عام وآخر خاص. وقد فسّر محمد مصطفى شلبي الصنف الأول بما يتعارفه النّاس في كلّ البلاد في عصر من العصور قديماً وحديثاً[1]. وضرب الأصوليون على ذلك مثلاً هو عقد الاستصناع. ويعني الاتفاق على صنع أشياء معيّنة من بيع المعدوم. ومثل آخر هو تعارف الناس على دخول الحمامات دون أجر معيّن ودون تعيين مدة للمكث[2]. ومنه أيضاً إطلاقهم الدابة على ذوات الأربع أو على دابة مخصوصة كالفرس والحمار[3]. أمّا الثاني فهو ما تعارف عليه إقليم خاص أو طائفة محدّدة كالتجار والصنّاع وأرباب الحرف[4]. ويضيف الزّركشي بعض الأمثلة على ذلك مثل عادات المهر في بعض الأقاليم وعادات التجار في بعض المناطق والاصطلاحات المختلفة لكل صنف من أصناف العلوم التي تدرج عادة في هذا النوع من العرف[5].

أما الصفة الثانية التي ينبغي أن تتوافر في العرف فهي القدم، فلكي يتكوّن الاعتياد ينبغي أن تكون العادة أو العرف قد نشأا منذ زمن بعيد،

= في تمييز الفتاوى من الأحكام، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط2، 1995م، ص71.

(1) شلبي، مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، ص327.

(2) البرديسي، محمد زكريا، أصول الفقه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، (د.ت)، ص334.

(3) الزركشي، بدر الدين (ت 794هـ/ 1392م)، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ/ 2000م، ج2، ص7-12.

(4) وقد عبّر عنه القرافي في سياق التفريق بين العرف العام والخاص في قوله: «وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم كالحاجة إلى الغذاء والتنفس في الهواء، وقد تكون خاصة ببعض الفرق، كالأذان للإسلام والناقوس للنصارى فهذه يقضى بها عندنا». القرافي، شهاب الدّين، شرح تنقيح الفصول في اختيار المحصول من الأصول، دار الفكر، بيروت، 2004م، ص352.

(5) الزركشي، البحر المحيط، ج2، ص393.

وتأصلاً في نفوس الأفراد، لا أن يكونا مجرّد تجربة قد تبقى وقد تزول، ورأى الأصوليون أنّ من شروط الأخذ بالعرف هو أن يكون قائماً وقت إنشاء التصرّف المراد تحكيم العرف فيه(1).

إنّ التوقّف عند أهم الشروط المكوّنة لماهيّة العرف في علاقته بالطباع والاطّراد والقدم، وهي مكونات العادة، قد جعل هؤلاء الأصوليين يخوضون في مبحث التمييز بين الظّاهرتيْن. فكيف عالجوا هذه المسألة؟

2-2-2- إشكالية التمييز بين العرف والعادة:

لا نجد تمييزاً دقيقاً عند الأصوليين للعرف عن العادة في الغالب. فقد درج العديد منهم على استعمال العبارتين للدلالة على معنى واحد. فكثيراً ما كانوا يستعملون العبارتين معطوفتين «العادة والعرف» أو العكس، أو يستعملون عبارة العادة للدلالة على معنى العرف. وهو ما لاحظناه عند بعض الأصوليين المالكيين مثل القرافي (ت 684هـ/ 1285م) وابن فرحون المالكي (ت 799هـ/ 1397م)، اللذَيْن يقرنان دوماً العبارتيْن في مؤلفاتهما، ويجعلان من معنى الغلبة مفهوماً جامعاً بينهما(2). ويُضاف إليهما ابن نجيْم الحنفي (ت 970هـ/ 1536م)، الذي يقدّم تعريفاً للعادة دون تمييز واضح وبيّن(3)، وكذلك الشأن مع ابن عابدين (ت 1252هـ/ 1836م) الذي تصوّر أنّ العادة، بحكم طبيعة التكرّر والمعاودة فيها، تتحول إلى حقيقة عرفية.

---

(1) ومن هؤلاء السيوطي وابن نجيم الحنفي بقولهما: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ هو المقارن السابق دون المتأخر. راجع: السيوطي، جلال الدين، الأشباه والنّظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1980م، ص96. ابن نجيم الحنفي، الأشباه والنّظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1980م.

(2) القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص352. وابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكلّيات الأزهريّة، القاهرة، ط1، 1986م، ج1، ص148، 152، 162، 382، ج2، ص69.

(3) ابن نجيْم، الأشباه والنّظائر، ص93.

ومن ثمّ إن العادة والعرف بمعنى واحد من حيث الما صدق[1]، وإن اختلفا في المفهوم[2].

وإذا كان هؤلاء مثالاً لمن لا يميّز بين العادة والعرف، فإنّ هناك فريقاً ثانياً يميّز بينهما، ومنهم التفتازاني (ت 793هـ/ 1391م)، الذي رأى أن العادة شاملة للأفعال، وأن العرف شامل للأقوال[3] في حين ذهب البخاري (ت 730هـ/ 1330م) إلى أنّ العادة تستعمل في الأفعال والعرف يختصّ بالأقوال[4]. وقصر ابن همّام (ت 861هـ/ 1457م) العادة على العرف العملي، أي ما جرى به العمل عند النّاس[5].

وقد تولّد عن هذا التمييز وجود اتجاه ثالث حاول إيجاد نقاط الفصل والوصل بين المصطلحين وقياس كل واحد منهما بالآخر. فكان عماد هذا الاتجاه أنّ العادة أشمل من العرف، لأنّها الأمر المتكرر، بغض النّظر عن العلاقة العقلية سواء كان ذلك قولاً صادراً من فرد أو جماعة أو عملاً منهما أم كان مصدره أمراً طبيعياً لا دخل للعقل فيه كالحيض والحمل وحرارة الإقليم أو برودته التي تجعل البلوغ عادة مبكرة أو متأخرة، أو كان مصدره العقل فيما كان للعقل فيه مدخل. ويرى أصحاب هذا التوجه أنّ ما كان

---

(1) الماصدق عند المناطقة: الأفراد التي يتحقق فيها المعنى الكلّي، راجع: مصطفى (إبراهيم) والزيّات (أحمد)، والنجّار (محمّد)، المعجم الوسيط، دار الدعوة، (د.ت)، ج1، ص511.

(2) ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، (د.ط)، (د.ت)، ج2، ص114.

(3) منقول عن: أبو سنة، أحمد فهمي، العرف والعادة، ص11.

(4) البخاري، علاء الدين، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/ 1997م، ج3، ص228.

(5) التفتازاني، سعد الدّين، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ/ 1996م، ج1، ص169.

للعقل فيه مدخل فهو عرف وعادة، وما ليس للعقل فيه مدخل فهو عادة. فالنسبة بينهما هي العموم والخصوص المطلق. وبهذا المعنى تكون العادة أعمّ من العرف الذي اقتصر إطلاقه على العادات التي للعقل فيها مدخل. أبرز داعمي هذا الرأي هو الأصولي المتأخر ابن أمير الحاج (ت 879هـ/ 1475م)[1].

ظلّ الغموض حول التمييز مستمراً إلى حدود العصر الحديث. فقد اتخذ مصطفى الزرقا تعريف ابن أمير الحاج حول العادة[2]، ليوضح أبعاد العلاقة وما يميّز بينهما. وأدرك أنّ العادة هي كلّ ما يتصل بشؤون الناس الخاصة مثل عادة النّوم والأكل ونوع الأفعال. فهي ناشئة إمّا عن سبب طبيعي مثل سرعة البلوغ ونضج الثمار في الأقاليم الحارّة وبطئه في الأقاليم الباردة، وإمّا سبب إنساني مثل الأهواء والشهوات وفساد الأخلاق، كتفشي الكذب وأكل المال بالباطل، أو أن تكون ناشئة عن حادث خاصّ مثل تفشّي اللّحن بسبب اختلاط العرب بالأعاجم. أمّا العرف فهو نوع من العادة لا ينطبق على ما هو متكرّر من الفرد أو عن سبب طبيعي. بل هو عادة لم تنبع من حريّة التفكير والاختيار مثل التعامل على تقدير الكميّات بالوزن أو بالكيل أو بالعدد[3]. وإجمالاً رأى الزرقا مع أبو سنّة أنّ النسبة بين العادة والعرف هي العموم والخصوص[4]. فالعادة أعمّ مطلقاً وأبداً، والعرف أخصّ، فكلّ عرف عادة، ولكن ليس كلّ عادة عرفاً، لأنّ العادة قد تكون فرديّة أو مشتركة.

---

(1) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير في علم الأصول، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط2، 1983م، ج1، ص282.

(2) «هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية والمراد (العرف العملي) لقوم (مخصص) للعام الواقع في مخاطبتهم وتخاطبهم عند الحنفية خلافاً للشافعية». (م.ن).

(3) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ج2، ص872.

(4) العموم والخصوص اصطلاحان في المنطق، وهما نوعان: مطلق ووجهي: العموم والخصوص المطلق عندما يكون أحد الشيئين أعم من الآخر دائماً، والآخر أخصّ دائماً، والوجهي عندما يكون كل منهما أعمّ من الآخر من وجه، وأخص من وجه، =

وبهذا المعنى لا تقتصر دلالة العرف على ما يشمل الأمر المعتاد المتكرر من الأقوال فحسب، بل يشمل المعتاد المتكرر من الأقوال والأفعال الجماعية التي نبعت عن عقل واختيار. وهو مغزى ما ذهب إليه النّسفي واللّامشي والجرجاني. ولعلّنا نجد تمييزاً عند الشاطبي يوضّح نظرياً وتجريدياً معيار التفرقة بين العادة والعرف. فهو يَعدّ هذه الأخيرة كليّة أبدية عبّر عنها بصيغة «العوائد العامّة». أما العرف فهو يرجع إلى عادة جزئية تحت العادة الكليّة، ويتعلّق بها الظنّ لا العلم[1]. وعلى الرغم من الجهود التي بذلها القدامى والمحدثون في سبيل تمييز العرف عن العادة من حيث المفهوم والاصطلاح، فإنّ الشائع الأعم في كتب الفقهاء والأصوليين هو عدم تمييزهم بين المصطلحين من النّاحيّة الإجرائية، لأن معظم كتب القدامى استُعملت فيها العبارتان معطوفتين، أو استُعملت عبارة العادة للدلالة على العرف باعتباره دليلاً من أدلة الفقه الموظّفة ضمن منظومة أصولية وتشريعية متكاملة[2].

إنّ إشكال تداخل الاصطلاحات للتعبير عن معنى العرف يدعونا إلى التعامل بحذر مع طرق التعبير والتوظيف الاصطلاحي لدلالة هذه العبارة والانتباه إلى دلالة عبارتَي العادة أو الاستعمال في السياقات الأصولية المختلفة التي يراد من خلالها التعبير عن دلالة العرف الفقهية. ولعلّنا لا نستغرب عدم تمييز فقهاء القانون المحدثين كثيراً بين معنى العبارتين، وخاصة ما يتعلّق بالتشريعات الحديثة. فالمشرّعان المصري والعراقي اليوم يستعملان العبارتيْن لدلالة واحدة.

= كالنسبة بين مفهومي الأبيض والملبوس مثلاً، فالأبيض أعمّ من وجه لوجوده في الملبوس وغيره، والملبوس أعمّ من وجه لوجوده في الأبيض وغيره. راجع: الزرقا، مصطفى أحمد، (م.ن)، ج2، ص819.

(1) الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج2، ص298.

(2) وقد عبّر ابن نجيم الحنفي عن هذا المعنى وأيّده بقوله: «اختلف في عطف العادة =

يظلّ التمييز بين مصطلحي العرف والعادة من أعسر الإشكالات التي طُرحت في المبحثيْن الأصولي والفقهي بداية من القرن الخامس. وللكشف عن سرّ هذا التداخل بين المصطلحين والمفهومين من الضروري البحث في أصل الإشكال الذي يعود أساساً إلى تأثير العلوم بعضها في بعض، ونقصد هنا تأثير علم الكلام في أصول الفقه.

2-2-3- العرف والعادة: من الكلام إلى الأصول:

قد يكون من أهمّ الدّوافع، التي جعلت الفقهاء والأصوليين يراوحون أحياناً بين استعمال العرف والعادة، تأثيرُ علم الكلام في المباحث الأصولية، فقد ظلّ مفهوم العادة موضوع جدل كبير بين مختلف أقطاب المذاهب الكلامية في التراث الإسلامي، ولاسيما بين المعتزلة والأشاعرة، واستعمل هذا المفهوم لدى هؤلاء ضمن إطار نظرية «التجويز»[1] في البداية، ثم عند الغزالي (ت 505هـ/ 1111م) في محاولته إثبات محدودية الفلسفة وتعارضها مع الدّين[2]، ثم لدى ابن رشد في الرّد عليه والبرهنة على استقلال المباحث الفلسفية عن المباحث الدينية. واعتمد الأشاعرة على هذا المفهوم أكثر من غيره لمجادلة المعتزلة في نظريتهم حول السببية وللملاءمة بين بعض السياقات

= على الاستعمال فقيل هما مترادفان، وقيل المراد من الاستعمال نقل اللفظ عن موضوعه الأصلي إلى معناه المجازي مشرعاً وغلبة استعمال فيه، ومن العادة نقله إلى معناه المجازي عرفاً وتمامه في الكشف الكبير. ابن نجيم الحنفي، الأشباه والنّظائر، ج1، ص127.

(1) حول أصداء الجدل حول السببية بين المعتزلة والأشاعرة يمكن العودة إلى القاضي عبد الجبار، المغني في أبواب التوحيد والعدل، الدار المصرية للتأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1965م. والأشعري، أبو الحسن، مقالات الإسلاميين واختلاف المصلّين، تحقيق محمد محيي الدّين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، 1990م.

(2) راجع: الغزالي، أبو حامد، تهافت الفلاسفة، تحقيق سليمان دنيا، دار المعارف، القاهرة، ط8، (د.ت). والمرزوقي، أبو يعرب، مفهوم السببية عند الغزالي، دار بوسلامة للنشر، ط1، 1978م.

القرآنية الدّالة على الجبر، وتأكيد مشيئة الله المطلقة، والأخرى الدّالة على الاختيار، إذْ سعى هؤلاء إلى نقض آراء خصومهم من المعتزلة والإقرار بأنّ ما يرونه من علاقات سببية ليس سوى علاقات قائمة على العادة والاعتياد. وأجازوا، في إطار دعم نظريتهم حول العادة، التدخل الإلهي المباشر في الكون دون أيّ مقدّمات أو شروط أو قيود[1]. وقد كان هذا المفهوم أيضاً مهمّاً في جدلهم حول حريّة الإنسان ومسؤوليته، إذْ رأى المعتزلة أنّ تلك المسؤولية نابعة من قدرة الأفراد على خلق أفعالهم[2]، فيما رأى خصومهم الأشاعرة العكس بتبنّي نظرية «الكسب» التي تجعل الأعمال الإرادية للإنسان مخلوقةً أوّلاً من قبل الذات الإلهية، ثم يكتسبها الإنسان في مرحلة تالية[3]. وهذا يتفق مع وجهة نظرهم التي ترى أنّ الله هو الخالق الوحيد لكلّ شيء في الكون بما فيها أعمال الإنسان ذاته[4]. وآل ذلك إلى ازدياد الجدل حول مفهوم آخر هو «التولّد»، فذهب المعتزلة إلى الإقرار بأنّ الإنسان مسؤول عن كل النتائج المترتبة على خلقه لأفعاله الإرادية[5]، فيما ذهب خصومهم من الأشاعرة إلى أنّ تلك النتائج متصلة بإرادة الله لا البشر[6]. ويرتكز هؤلاء على مفهوم العادة للبرهنة على أنّ الله هو الخالق الوحيد للأفعال، فما تظنّه المعتزلة تولّداً عن

(1) الباقلاني، التمهيد، تحقيق الأب ريتشارد يوسف ماكارثي، المكتبة الشرقية، بيروت، 1957م، ص9-11.

(2) عبد الجبّار، شرح الأصول الخمسة، تحقيق عبد الكريم عثمان، مكتبة وهبة، القاهرة، 1996م، ص53.

(3) الباقلّاني، (م.ن)، ص286-295. والجويني، أبو المعالي، الإرشاد إلى قواطع الأدلّة في أصول الاعتقاد، تحقيق محمد يوسف موسى وعلي عبد المنعم عبد الحميد، مكتبة الخانجي، القاهرة، 2002م، ص187.

(4) وهذا هو تأويلهم لمعنى الآية: ﴿وَٱللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾ [الصّافات: 96].

(5) عبد الجبّار، المغني، ج9، ص37.

(6) الأشعري، مقالات الإسلاميين، ج2، ص86-92. الباقلاني، التمهيد، ص296. الجويني، الإرشاد، ص230.

القدرة ليس سوى إجراء للعادة يمكن أن يغيّرها الله متى شاء[1]. وهذه هي القاعدة النظرية الأساسية التي استعملها هؤلاء للاستدلال على صحّة النبوة والمعجزات والخوارق الإلهية التي تحوّلت بدورها إلى إطار واسع للاستدلال على مفهوم العادة، ولم يتوقف الجدل عند هذه الحدود، بل استمرّ مع أبي حامد الغزالي في سياق ردّه على الفلاسفة حول مفهوم «السببية»[2]، فقدّم رؤية متماهية مع ما كان يطرحه الأشاعرة في تفسيرهم العلاقة بين الأسباب والمسببات باطّراد العادة لا بالصفات الذاتية للأشياء المؤدّية إلى انقداح الأحداث، فالاقتران بين السبب والمسبب عنده غير ضروري بل جائز[3]. ومن خلال تقديم أمثلة متعددة استطاع الغزالي تطوير نظرية «التجويز» الأشعرية، وغايته من ذلك إثبات مفهوم المعجزة في القرآن وتبريرها في التاريخ البشري، فضلاً عن الإقرار بسلطة الله المطلقة على الكون، وجواز تدخّله مباشرة في العالم الأرضي. باختصار، إنّ غاية الغزالي من سرده تلكَ الأمثلةَ الافتراضية هو بيان أنّ ما لا يحتمل الوقوع لا يعني ضرورة استحالة وقوعه، بل إمكانية ذلك، فحُكْمنا على خضوع الأشياء لاطراد العادة هو في الحقيقة سبيل من السبل التي تجعلنا نؤمن بالقدرة الإلهية المطلقة. ومن هنا يأتي العلم والمعرفة اللذان خلقهما الله في الذات البشرية كي تتوقع إمكانيّة حدوث تلك الاحتمالات والفرضيات واستبعاد حدوث أخرى، ومن ثمّ التسليم بقصور العقل على التوقّع النّهائي في كل الحالات[4].

---

(1) الباقلاني، (م.ن)، ص300-301.

(2) الغزالي، تهافت الفلاسفة، ص240.

(3) يقدّم الغزالي مثال التقاء القطن بالنّار الذي لا يؤدّي عنده إلى الاحتراق حتماً وضرورة، بل العكس قد ينجر عنه عدم احتراق، وقد ينقلب القطن رماداً دون ملاقاة النار، والمتحكّم في كلّ ذلك هي العادة التي خلقها الله في الكون. لمزيد من التفاصيل راجع: المرزوقي، أبو يعرب، مفهوم السببية عند الغزالي، ص101-125.

(4) «فإنّ الله خلق لنا علماً بأنّ هذه الممكنات لم يفعلها، ولم ندع أنّ هذه الأمور واجبة، بل هي ممكنة، ويجوز أن تقع ويجوز ألا تقع، واستمرار العادة بها مرة بعد =

أمّا ابن رشد فقد ناهض هذه الأفكار بتأكيده على الخصائص الذاتية للأشياء، ودور بعض الأسباب الفاعلة في بعض المفعولات، وبناء عليه كان يرى أن الجهل ببعض الأسباب لا ينبغي أن يلقي الشبهة حولها، فإنكار تلك الخصائص الذاتية من شأنه أن يلغي الفوارق بينها وهو أمر غير منطقي ولا معنى له، ومن ثَمّ فهو سفسطة على حدّ قوله[1]. ويتساءل إثرها عن معنى العادة، أهي عادة الفاعل (الله) أم عادة الموجودات؟ أم عاداتنا في الحكم على الأشياء؟ فيجيب أنّ الله مُحال أن يكون عادة، لأنّها ملكة يكتسبها الفاعل توجب تكرّر الفعل منه على الأكثر في الوقت الذي يعلن فيه القرآن أنّ سنة الله لا تتغير[2]. وهو ما ينطبق أيضاً على الموجودات التي لا يمكن أن ننسب إليها عادة، لأنّ العادة لا تُنسب إلا إلى ذي نفس. وهكذا عوض أن يتحدّث ابن رشد عن عادة للموجودات يتحدّث عن طبائع وحقائق تميّزها. أمّا عادات النّاس فقد عرّفها بـ«حكم العقل على الأشياء الذي يقتضيه طبعهم وبه صار العقل عقلاً»، لأنّ العادة التي يكرّرها الغزالي دوماً في تهافته هي «لفظ مموّه لم يكن تحته معنى بل هو فعل وضعي»[3]. ووفقاً لذلك، يتلخص مفهوم العادة

= أخرى، ويرسخ في أذهاننا جريانها على وفق العادة الماضية ترسيخاً لا تنفكّ عنه». الغزالي، (م.ن)، ص235.

(1) الجابري، محمد عابد، تهافت التهافت، انتصاراً للرّوح العلميّة وتأسيساً لأخلاقيات الحوار، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط1، 1998م، ص505.

(2) يعود ابن رشد إلى الآيتيْن التاليتيْن: ﴿وَلَن تَجِدَ لِسُنَّةِ ٱللَّهِ تَبْدِيلًا﴾ [الأحزاب: 62]، و﴿وَلَن تَجِدَ لِسُنَّتِ ٱللَّهِ تَحْوِيلًا﴾ [فاطر: 43]. للاستدلال على ذلك. (م.ن)، ص507. والملاحظ هنا أنّ ابن رشد يستعمل عبارة سنّة بالمعنى الأرسطي الذي يعني بها الطبيعة الثابتة. انظر: الجابري، تهافت التهافت، ص508

Harry Wolfson, The Philosophy of the Kalam, Cambridge; Harvard University Press 1976, p.545.

Carlo Bergeron: The concept of Causality in Abu Hamid Mohammad Al-Ghazali's Tahafut Al-Falasifah , Ph. D. Diss. University of Wisconsin -Madison, 1982, p.334.

(3) الجابري، تهافت التهافت، ص508.

في كونها طبيعة متألفة من عناصر أساسية وصفات مميزة للموجودات والأشياء[1].

وينجلي صدى صلة هذا الجدل الكلامي حول العادة بعلم الأصول فيما يتعلق بمسألة العرف بوضوح في جهود الجويني الذي يُعدُّ من أوائل الأصوليين الذين اشتهروا بدمج المفاهيم الكلامية في الأصول وأبرز مؤسسي طريقة المتكلّمين في هذا الفن من خلال كتابه **(البرهان في أصول الفقه)**، وقد برزت طرافته في افتتاحه بمقدمات كلامية شملت أبرز المقولات مثل «التحسين والتقبيح» و«التكليف»، ثم قسم «مدارك العلوم»[2]، الذي يطرح فيه مشكل مصادر المعرفة، ويميز فيه بين ثلاثة هي: العقل (أو العقليات) والمعجزات والنصّ الشرعي (أو السمعيات) المتضمن للقرآن والسنّة والإجماع، ويبرّر المصدر الثاني بالمقدّمات الكلامية الأشعرية التي ترى أنّ التحقّق من صدق المعجزات يتوقف على خرقها للعادة واطّراد العرف، موضحاً أنّ العرف هنا هو المعنى المستقرّ في العقل الذي تحوّل إلى حكم على الموجودات. ولما كانت المعجزة خرقاً لذلك فإنّ مصدر معرفتها ليس العقليات بل السمعيات[3]. وهكذا، إذا كان كتاب **(البرهان)** زاخراً

---

(1) يضع ابن رشد تعريفه للعادة في إطار الجدل القائم حول السببية، فبقدر اهتمامه بالعلاقات الدقيقة بين الأسباب والمسببات لا ينكر، في الوقت ذاته، ارتباطها بفاعل من خارجها يكون شرطاً لفعلها ووجودها أيضاً. الجابري، (م.ن).

(2) الجويني، أبو المعالي، البرهان في أصول الفقه، تحقيق عبد العظيم الدّيب، دار الأنصار، القاهرة، ط1، 1979م، ج1، ص83-108.

(3) «ونقول بعد هذين الأصلين الأصل في السمعيات كلام الله تعالى، وهو مستند قول النبي ﷺ، ولكن لا يثبت عندنا كلام الله تعالى إلا من جهة من يثبت صدقه بالمعجزة، إذا أخبر عن كلام الله تعالى فمال السمع إلى كلام الله تعالى، وهو متلقى من جهة رسول الله ﷺ، ومستند الثقة بالتلقي منه ثبوت صدقه، والدال على صدقه المعجزة، والمعجزة تدل من جهة نزولها منزلة التصديق بالقول، وذلك مستند إلى اطراد العرف في إعقاب القرائن للعلم وثبوت العلم بأصل الكلام لله تعالى يدل عليه =

بالإشارات المتكررة والمكثّفة لعبارات مثل «اطراد العرف» و«اطّراد العادة» و«مستقرّ العادة» و«عرف النّاس» باختلاف سياقاتها الواردة فيها، فإنّها كانت تحمل دوماً دلالات أوسع ممّا عرفته الثقافة الفقهية والأصولية في بدايتها، حين كان الدّال مقتصراً على مجال المعاملات دون غيره.

مثّل هذا الانتقال في مفهوم العرف من الكلامي إلى الأصولي منعرجاً خطيراً عكس تطوّر النّظر فيه داخل حقل عمل الأصوليين. وقد كانت أعمال الجويني قاعدة أساسية تغيّر فيها التعامل مع المسألة من طابعها العملي الفقهي المباشر المتصل بالحياة اليومية إلى طابع يشمل البعد النّظري العقدي في حياة المسلم، بحثاً عن انسجام أقوى بين التصوّر الكلامي والحياة العمليّة للمسلم، وذاك ما تجسّد في محاولات عديدة لإرساء فهم مقاصدي ديْدنه حلّ مشكل التعارض بين ثبات النص وتغير الواقع، وقد يكون له أثر في فهم مسألة العرف لدى الأصوليين ضمن إطار أوسع من الفقه انطلاقاً من الجويني مروراً بالغزالي وصولاً إلى الشاطبي الذي خصّص عدداً مهمّاً من الفصول لهذه المسألة سنتناولها بالدّرس لاحقاً[1].

ومهما يكن، فلنا أن نميّز بين مجالات ثلاثة استعمل فيها هذا المصطلح، ألا وهي المجال الديني والمجال الأصولي/ الفقهي، ثمّ المجال الكلامي/ الفلسفي. ففي المجال الأول اتصلت العبارة بمبادئ الأخلاق وقوانينها المنظمة للعلاقات بين البشر، وأحالت على معنى «الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر»، الذي تكرّرت الإشارة إليه في القرآن في عدد من الآيات، وجسدته سنّة الرسول والأولين. أما المجال الثاني فقد ارتبط بميدان

= وجوب اتصاف العالم بالشيء بالنطق الحق الصدق عما هو عالم به، فإذا ذكرنا في مراتب السمعيات الكتاب فهو الأصل». الجويني، البرهان، ج1، ص152.

(1) يخصّص الشاطبي عدداً من الفصول من المسألة الثالثة عشرة إلى المسألة السادسة عشرة في الجزء الثاني من كتابه للعادات. راجع: الشاطبي، الموافقات، ج2، ص279-298.

المعاملات، وأحال على أمثلة كرّست الاختلافات الإقليمية والتاريخية، وانسحب على المفهوم الاجتماعي للعادات من حيث كونها مجموع الأنشطة الواسعة للأفراد، مثل الأكل والشرب وما إليهما ممّا يُصنّف في دائرة المباح فيما عبّر من جهة الأصول عن معنى الدّليل التكميلي والمصدر المجرّد للاستنباط. وفي مجال الكلام/الفلسفة كان مفهوم العرف دالاً على القوانين الثابتة والمنظمة للكون ومختلف مكوناته المادّية وفقاً لما سنّه الله في خلقه، فاستعمل دليلاً للبرهنة على مشيئة الخالق المطلقة وصحّة المعجزات وصدق الرّسل، ومبرّراً دينياً صرفاً لتشريع مبدأ التكليف الذي لا ينبغي أن يتعارض مع عادة الله الأزلية وعرف المجتمع المقيّد بتعاليم دينه وسنّة نبيّه. ومن ثمّ جذّرت تلك التعريفات رؤية معيارية لهذا المفهوم، إلا أنّ هذه المعيارية لا يمكن أن تحجب الدّور الفاعل له في بناء المنظومة التشريعية الإسلامية، وإن كان ذلك بطرق متعددة قد لا تتفق أحياناً مع تلك المعيارية الدينية والثقافية. وكي يتسنّى لنا إثبات ذلك، من المفيد التعرّف إلى مفهومه ضمن المقاربات الحديثة التي تكشف، ربّما، عن دور خفي له.

3- العرف اصطلاحاً ومفهوماً في المقاربات الحديثة:

على الرغم من التحفّظات العديدة والشكوك المختلفة التي شهدها الوضع القانوني للعرف في العالم الحديث والثقافة التشريعية الوضعيّة السائدة في عالمنا المعاصر، فإنّ هناك إجماعاً حاصلاً لدى عدد لا يستهان به من المتخصصين في العلوم الإنسانية والاجتماعية الحديثة على اعتباره أصل كلّ القوانين والتشريعات التي سادت العالم الإنساني منذ ولادة الحضارة، بل أساس المبادئ الأخلاقية والقوانين المكتوبة والرّؤى الفلسفية، لأنّه يمثّل إعادة لصياغة عادات موجودة في الواقع سلفاً[1].

---

(1) انظر مقال كريستوف كليتزر حول العرف والوضعية من خلال الجدل الفلسفي بين هيغل وسافيني: =

وبناء على ذلك، إنّنا مدعوون إلى البحث عن مختلف الحدود النّظرية للعرف من مناهل العلوم الحديثة، كالفلسفة وعلم الاجتماع وعلم القانون، حتّى يتسنّى لنا إدراك الأبعاد المختلفة لهذه الظاهرة الكونية المتأصّلة في الوجود الإنساني، فقد رأى البعض أن القوانين العرفية تكبر وتتضخّم في العالم الحديث حين يكون عمل المشرّعين وفقهاء القانون ضعيفاً ورديئاً، فيفسح المجال له لسدّ الثغرات العديدة في المنظومة القانونية القائمة، فالنّظام القانوني الأكثر تماسكاً عند الوضعيين هو الأقلّ لجوءاً إلى القواعد العرفية وممارساتها. ووفقاً لتعبير جيرمي بنثام (Jeremy Bentham)، إنّ الاهتمام بالقانون العرفي يعكس، في أسوأ الأحوال، المصالح الذاتية «الشريرة» للرّجعيين، وفي أفضلها الأذواق الغريبة للعلماء وعلماء الآثار ومن يدّعون الدّفاع عن القوانين الدّولية[1].

3-1- في العلوم الإنسانية:

رأى بعض كتاب الفلسفة المعاصرين أنّ مقاربة مفهوم العرف نظرياً وفلسفياً بجعله مقابلاً لمفهوم القانون الكتابي أو القانون المدني، تعريفٌ غائمٌ يفتقد الكثير من الدّقة والوضوح لأنّ المرادفة بين القانون والكتابة لا توجد دائماً في الحضارات أو مختلف مراحل التاريخ. ومن ثمّ إنّ مقياس الشفوية لا يعكس الحقيقة العميقة للعرف، لأنّها ليست الخاصية الوحيدة له، بل له خصائص أخرى أكثر دقة وأنفذ عمقاً، وهو ليس نوعاً من أنواع القانون

= Christoph Kletzer, "Custom and Positivity: An Examination of the Philosophic Ground of the Hegel-Savigny Controversy in The Nature of Customary Law, eds. Amanda Perreau- Saussine and James B. Murphy (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), p.130-134.

(1) انظر مقدّمة كلّ من أمندا بيرو - سوسين وجيمس برنادر مورفي حول طبيعة القانون العرفي:

Amanda Perreau-Saussine and James Bernard Murphy, The character of customary Law: an introduction, in: The Nature Of customary Law, Cambridge University Press, 2007, p.1.

كما هو شائع عند الكثيرين، بل هو قانون جوهره العادة، وخصوصاً تلك التي تحمل في ذاتها خاصية التشريع والقانون[1]. ولهذا السبب كثيراً ما اقترن البحث في مفهوم العرف بالبحث في مفهوم العادة التي تمثل نواته الأساسيّة. ولئن رصدنا ذلك في التراث الكلامي والأصولي فإنّ المبحث الفلسفي كان له إسهام في التعريف والتوضيح.

3-1-1- في الفلسفة:

اقترن تحديد مفهوم العرف في المبحث الفلسفي بتعريف العادة، وقد ذكر أرسطو (ت 322 ق.م) ذلك في سياق الصلة بعلم الأخلاق، حين عرّفها بأنّها الحالة المكتسبة والثابتة في ظلّ الأخلاق والعقل، فمن الجهة الأولى هي دالّة على الفضيلة باعتبارها تفعيل الإنسان الفاضل لطريقة التصرّف المعتمدة لديه، مثلما تعني حالة الفاعل الذي يطوّر سلوكه طوعاً، ومن الجهة الثانية (العقل) تشير إلى المقدرة الذهنيّة التي تسمح باكتساب المعارف وتنميتها، وقد تدلّ سلباً على كيفية التصرّف والظهور أمام الآخرين[2].

إنّ الأصل الاشتقاقي لمفهوم العادة هو ترجمة للعبارة الإغريقية (Habitus)، وهي مشتقة بدورها من الفعل (Habere)، الذي يعني فعل الملكية أو التملّك. واستعمل أرسطو العبارة للدّلالة على معنى طريقة الوجود الثابتة التي يصعب تعديلها أو تحويلها، ثمّ أورد تحليله لمفهومها في سياق حديثه عن معنى الفضيلة ضمن كتابه (**علم الأخلاق إلى نيقوماخوس**) فتبيّن أن الفضيلة الأخلاقية متولدة من العادة والشيم، وليست من فعل الطبع وحده الذي تنمّيه العادة وتتمه فينا، فالفضائل اكتساب وتملّك من خلال العادة، لأنّ الإنسان يصير معمارياً بالبناء، وموسيقياً بممارسة الموسيقا، ويصير

---

(1) Annie Rouhette, Coutumier (Droit), Encyclopaedia Universalis, Corpus 5, p.654.

(2) Frédéric Gouthier,Habitus, Encyclopaedia Universalis, (Version Electronique) 2013.

المرء عادلاً بإقامة العدل، وحكيماً بمزاولة الحكمة، وشجاعاً باستعمال الشجاعة. باختصار، إنّ الملكات لا تتأتى إلا من التكرار الكثير للأفعال عينها، وهي أهم سمات العادة[1]. ولعلّ إحدى أهمّ السمات التي تتشكّل منها العادة هي التكرار غير القصدي واللاواعي للأعمال وفقاً لمنطق يقوم على إعادة إنتاج الأفعال ذاتها ضمنيّاً طول فترة طويلة من الزّمن ومنذ أمد بعيد. وطالما أنّ التقليد مستمرّ في التشكّل فإنّ الأعمال المنعزلة التي يتكوّن منها هي أعمال طوعيّة تلقائية وليست قصدية[2].

وبناء على هذا التحديد الفلسفي، شاع لدى عدد من فقهاء القانون أنّ العادة هي قاعدة للسلوك تتبعها فئة اجتماعيّة، وهي نابعة من استعمالها وممارستها لمدّة طويلة من الزّمن. ورأى البعض الآخر أنّها طريقة أو صيغة في العيش لا تحمل معنى القصد والإرادة لتكوين قانون، بل نابعة من التقليد ومتولدة عنه، وهي ظاهرة تحدث في الزمن وتكون الإرادة فيها جماعيّة إمّا لطبقة اجتماعيّة وإما عبر فعل تنظّمه السلطة[3].

3-1-2- في علم الاجتماع:

حاول علماء الاجتماع البحث في العرف انطلاقاً من بحث في الجذور الاجتماعية للعادة وطابعها الاجتماعي، فسعوا إلى التحرّر من الضمنيات والآثار المعيارية لمفهوم العادة (Habitus) كما صاغته الفلسفة بإعادة النّظر في دلالتها، فوصلها دوركايم (Durkheim 1917) مباشرة بمفهوم عملية التنشئة الاجتماعية للفرد، وهي بذلك تعني لديه كلّ التعلّمات التي أنجزها الطفل طول

(1) أرسطو، علم الأخلاق إلى نيقوماخوس، ترجمة أحمد لطفي السيد، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1924م، ج1، ص225-228.

(2) Simonetta Stirling-Zanda, L'application judiciaire du droit international coutumier -Etude comparée de la pratique européenne,Publications de l'institut suisse de droit comparé, Zürich, 2000.

(3) Annie Rouhette, Ibid, p.654

سنوات الدّراسة، داعماً التعريف غير الآلي الرابط بين الحالات الذهنية والمعتقدات الجماعيّة والممارسات الفرديّة لرايمون بودون (Raymond Boudon 1993). ومن خلال هذا المعنى سار مارسيل موس (Marcel Mauss 1950) في اتجاه تطبيقه على تقنيات الجسد المكتسبة اجتماعياً والمطبقة بصورة أقلّ أو أكثر عفوية. أمّا بيير بورديو (Pierre Bourdieu 2002) فقد تحدّدت العادة عنده بسماتٍ ثلاث: فهي تشير أوّلاً إلى المكتسبات المنقولة والمنغرسة عبر التصورات والأحكام والسلوك طول فترة التنشئة الاجتماعية للفرد، وإلى أثر تلك المكتسبات على الفاعل (l'agent) بطريقة تندمج فيها وتتجدّد في اللاوعي الفردي والجمعي ثانياً، ثمّ إلى قدرة تلك الاستعدادات على خلق ممارسات اجتماعية. ومن ناحية شروط إنتاجها، تتحدد من خلال مبادئ ثلاثة أيضاً، فهي استجابة أولاً لمبدأ الاستمرارية لأنّها عبارة عن تشكّل باطني دائم له القدرة على الاستدامة وإدامة الممارسات التي يعتقد في إنشائها، وهي أيضاً استجابة لمبدأ قابلية التحوّل، حيث تستطيع الامتداد إلى أبعد من مجالها الاجتماعي الأصلي وإنشاء ممارسات مماثلة في مجالات مختلفة، وهي أخيراً استجابة لمبدأ الشمول، حيث تنزع إلى التكرّر على نحو كافٍ في الممارسات التي أنشأتها. إنّ شروط إنتاج العادة وإعادة إنتاجها مترابطة بشكل دائري، فبقدر سعيها إلى إنتاج الشروط الاجتماعية لتناسلها تسعى إلى إعادة إنتاج الشروط الاجتماعية لتولّدها ونشأتها، وهذه الدّائرية لا تتحصن ضدّ استعمال حتمي لجهاز نظري فحسب، بل تعبّر عن طموح أساسي هو أنّ العادة عبارة عن وعد للتوفيق بين الحرية والجبرية في معنييْهما السوسيولوجي[1].

---

(1) ومن المفيد الإشارة هنا، أيضاً، إلى أنّ العادة أو الاعتياد (Habitus) لدى بورديو هي مفتاح النّظرية الثقافية التي تعني عنده مجموعة من الأبنية المنتظمة المساهمة في خلق وسائل وأدوات متجدّدة تساعد الأفراد الفاعلين على القيام بممارساتهم الثقافية المختلفة لتحقيق بعض الوظائف التقليدية. ومن ثمّ هي تنشئ حالة من التكيّف الثقافي بين الوظائف القديمة للعادات وبعض العناصر الجديدة الدّاخلة على العادة دون حدوث خلل فيها. ويرتبط مفهوم العادة أيضاً بمفهوم آخر هو «الاستدماج» =

ويعدّ بعض الباحثين الاجتماعيين المعاصرين العادةَ استجابةً لحاجات ثابتة نسبياً ومتغيّرة أحياناً، فهي تستجيب لحاجات في الزمان والمكان، لكنها يمكن أن تكون مستقلة عنهما، فإذا كان الطعام مثلاً حاجة اجتماعية ثابتة، فإنّ عادة تحضير الطعام وكيفية صنعه وطريقة تقديمه وتناوله خاضعة جميعاً للزمان والمكان، فالحاجة ثابتة. أمّا عادة إشباعها فهي متغيّرة. وتبعاً لذلك يتخطى مفهوم العادة الاجتماعية مسألة التكرار لعملية معينة، أو للنشاط «اللّاشعوري» واللاواعي لعمليّة ما متولّدة عن التكرار. وقد عبر بورديو عن هذه العلاقة من خلال نزوع العادة نحو عملية إنتاج الأفكار الاجتماعية، ثم إعادة إنتاجها مع تغيّر الظروف واستمرار هذا النشاط مع استمرار تطوّر المجتمع. ويتم التفاعل الدائم بين الاثنيْن من خلال الهاجس المعرفي أو الهمّ الذي يشغل المجتمع في الزّمان والمكان، فإذا توصّل عمليّاً إلى إشباع هذا الهاجس، أو تخطّي هذا الهم، ظهر له هاجس جديد ليحاول الإجابة عنه في جولة جديدة من التفاعل بين المجتمع ومفاهيمه لإنتاج مفاهيم جديدة تجيب عن هواجس مستجدة وهموم طارئة[1].

= (L'interojection)، أو التطبيع الاجتماعي لعادات الإنسان التي يقوم بممارستها في حياته اليوميّة، وتتيح له التصرّف عن وعي أو دونه. وبناء على ذلك تتشكّل العادة من خلال عملية «الاستدماج الجمعي» أو التطبيع الاجتماعي للمعايير الرّمزية وتعبيراتها المختلفة لدى كلّ فئة أو طبقة اجتماعية، حيث تقوم في النّهاية (العادة) على نقل الممارسات إلى الأجيال اللاحقة. وقد نجد في التراث الإسلامي صدى لذلك من خلال استحداث آليات تنقل من خلالها العادة باعتبارها نظاماً عادات السلف إلى الخلف مثل السنّة والإجماع وشرع من قبلنا: انظر: غوتييه، فريدريك (Frédéric Gouthier)، مقال «Habitus»، Encyclopaedia Universalis، (النسخة الإلكترونية 2012م). وأحمد فريد، سماح، «الحداثة والتقاليد المبتدعة: رؤية لقضايا الثبات والتغيّر وإعادة التشكّل»، مجلّة التفاهم، العدد الثالث عشر، شتاء 1427هـ/ 2006م، ص33. (العدد الإلكتروني).

(1) عماد، عبد الغني، سوسيولوجيا الثقافة، المفاهيم والإشكاليات: من الحداثة إلى العولمة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط1، 2006م، ص152.

ووفقاً لهذه التعريفات النّظرية لمفهوم العادة، إنّ الفرق بين العادة الاجتماعية والعرف هو فرق في التكوين، فلكي يتكوّن هذا الأخير لا بد من توافر شرطين: الأوّل مادّي يتمثّل في عادة قديمة لا تخالف النّظام العام، والثاني معنوي يتمثّل في شعور النّاس بضرورة احترام هذا العرف، وبوجود جزاء يعاقب على مخالفته أو خرقه. أمّا العادة فلا يلزم لنشوئها إلا توافر الشرط المادّي، لأنّ النّاس يحترمونها بالتعوّد، ومن ثمّ العادة عرف ناقص حيث يعوزها الشعور بضرورة الاحترام كي تصبح عرفاً. وفضلاً عن ذلك إنّ العرف يحمل صبغة القانون الذي يطبّق على النّاس سواء رغبوا في ذلك أم لا. أما العادة فلا تحمل تلك الصبغة، ولا تُلزم النّاس بذاتها، وإنّما تطبّق عليهم إذا قصدوا اتباع حكمها. وفي هذه الحالة لا تطبّق العادة على أنّها قانون وإنّما على أساس أنها شرط بين المتعاقدين[1].

وهكذا، إنّ الركن الأول الجامع بين العادة الاجتماعية والعرف ركيزته مفهوم التقليد، أو ما عبّر عنه البعض بدور الزمن في تشكيل مفهوم العرف، فالعادة الجماعية تنشأ عادة وفقاً لظروف مشتركة في مجتمع معيّن بصفة تلقائية بهدف تحقيق أغراض بمظاهر السلوك في الأعمال والأفعال حتى تتكون لديه مجموعة من الأنماط السلوكية تحافظ عليه تلك الجماعة عبر التقليد. ولذلك كثيراً ما كانت العادات الجماعية ميّالة إلى الجمود وصدّ أي محاولة للتغيير في مجتمعات تقليدية يقتضي استمرار وجودها الاستقرار والثبات عبر المحافظة على تلك العادات دون أن ينعدم التناغم بين العادات وتحول المجتمع، لأنّ العديد من المجتمعات عرفت تغيراً في عاداتها عندما حدثت تحوّلات في بنيتها الاقتصاديّة والاجتماعيّة أثّرت في سائر المكونات الأخرى مثل الأسرة وطرق التعامل والتخاطب[2].

---

(1) (م.ن)، ص155.

(2) راجع: عماد، عبد الغني، (م.ن)، ص154. ومدبولي، جلال، الاجتماع الثقافي، دار الثقافة للطباعة والنّشر، القاهرة، 1979م، ص79-80.

إنّ دور التقليد في تشكّل العادة الاجتماعية، ومن ثَمّ العرف مهمّ وجوهري، فصفة القدم هي أحد أهم أركانها التي تمنحها سمة الفعالية الاجتماعية والجدوى العمليّة، ولا يزال الاعتقاد سائداً لدى أغلب الشعوب والمجتمعات التاريخية في أهميّة هذا المطلب، بل لا تزال متقيدة به عبر إرجاع أصول الأعراف أو العادات إلى الأجداد والأسلاف القدامى، وهو ما تشهد عليه عبارة (mos majorum) اللاتينية في العهد الرّوماني القديم، وكانت تعني عادة الأسلاف، لكنّ هذا المفهوم لا يفترض إطلاقاً عمراً مقدساً للعرف، ففي المجتمعات التقليدية تنبني العادات على التكرار المتواصل أكثر من انبنائها على هيبة الشخص الذي يخلّف إرثاً من الأعمال تمحى من ذاكرتهم الجماعية. ولذلك لا يرى العديد من الباحثين في عنصر القدم وحده الشرط الأهم من شروط احترام العادة الاجتماعية والعرف، بل تُضاف إليه عناصر أخرى منها خاصية المرونة التي تعكس قدرة تلك العادات على التأقلم مع الزمن والتعامل مع مبدأ التغيير، فهذه القدرة على التكيّف مع الأوضاع وهذه الدينامية المنسوبة إلى العرف متعارضة تماماً مع القاعدة التي تحدّد العرف أو العادة الاجتماعيّة على أنّها قاعدة قديمة وسلفية. فالأعراف الإفريقية المتعلقة بالزواج والتصاهر تتضمّن اليوم قواعد خاصة بآلات الخياطة والرّاديو لا ترتبط ضرورة بالماضي البعيد أو بمآثر الأجداد[1].

غير أنّ بعض الباحثين الآخرين يقلّصون من هذا الدور المتعاظم للتقليد والزّمن، ويرون أنّ العنصر النفساني أهمّ بكثير من دور العنصريْن السّابقيْن في تشكّل العرف. فما يحدّد جوهره هو عنصر الإلزام، أي غرس الشعور بضرورة التزام الأفراد بسلوك المجموعة، وهو ما كانت تطلق عليه الكنيسة الرّومانية الشعور بالواجب أو الاعتقاد بحكم الضرورة (opinion-necessitatis). وفي السياق ذاته يقدّم عدد من علماء الاجتماع جملة

(1) Annie Rouhette, Ibid, 654.

الاحتمالات الأخرى، ومنهم عالم الاجتماع الفرنسي جون كاربونيي (Jean Carbonnier)، الذي يرى أنّ العرف قد يكون نوعاً من التقليد كما تدلّ عليه العبارة الكنسية السابقة الموحية بدلالة كره التجديد. ويقدّم أمثلة على ذلك أعراف بعض العمال الباريسيين الذين يسلمون مرتباتهم لزوجاتهم، وأعراف بعض الفيتناميين «الموننغ غار» (Mnong Gar) ممّن يقدّمون قرابين لأبنائهم متذرّعين بتقليد الآباء والأجداد أبطال العصور الخالية. وقد يُفسّر ذلك برغبتهم في التصرّف على وجه الأصالة تأسيّاً بها ونفوراً من التجديد وخوفاً من الابتداع الذي يشعرهم بالسير نحو مستقبل غامض ومجهول، واحتراماً لأسلافهم وتقديساً لهم، فالتقليد حينئذٍ يوفر أساساً متعالياً (fondement transcendantal) لطبيعة العرف الإلزامية. وهذا التفسير ينطبق بصفة خاصة على المجتمعات البدائية دون المجتمعات الحديثة. أما الاحتمال الآخر فهو أنّ العرف لا ينشأ من التقليد فحسب، بل من الإجماع ومن نوع من التوافق المحمود بين أفراد المجموعة كالاعتقاد بالتعامل بالمثل، لأن التصرّف على نحو معين يُتوقع منه تصرف بالمثل، وهو ما يضمن السّلامة[1].

وبهذا المعنى، إنّ الشعور بالواجب النابع من قاعدة حكم الضرورة (L'opinio necessitatis) ينبجس من الآخر لا باعتباره عودة إلى الماضي، بل نتيجة للانفتاح على المستقبل، ولا يظهر منطق هذا الشعور على الأرجح إلا في ظل فئة اجتماعية متطورة، لكنّ هذا الإقرار عرف اعتراضاً من علم الإناسة التي رفضت فكرة القول بخضوع الإنسان البدائي آلياً للعرف وعللته بمقتضيات مبدأ التبادل (la réciprocité) الذي يفسّر حقيقة مبدأ الوجوب والإلزام فيه[2]. فما هي وجهة نظر هذا العلم في هذه المسألة؟

---

(1) Annie Rouhette, Ibid.

(2) يعتقد مالينوفسكي (Malinowski 1942) أنّ لجوء البدائيين إلى العرف هو اعتراف بالانتماء إلى مجموعة معينة، وتأكيد له، حتى يتميّزوا عن الآخرين، غير أنّ هذا الارتباط قد يتطلب الكثير حتى يُفرض احترام أي قاعدة غير ملائمة جرى عليها =

3-1-3- في علم الإناسة:

رأى عدد من علماء الإناسة القدامى، وفي مقدمتهم دوركايم، أنّ مصدر العرف في المجتمعات البدائية كان يُنسب في الغالب إلى قوى إلهية أو ما يشبهها، إذْ رسخ الاعتقاد بأنّ مصدر الأعراف هو الأجداد والأسلاف الذين يعود إليهم الفضل في تحضّر تلك المجتمعات وابتعادها عن العالم الطبيعي، بل إنّ الأخلاق والطقوس والمعتقدات والأعراف تمثّل لديها كياناً واحداً لا يتميّز فيه ركن عن آخر، فقد ارتبطت نشأة المؤسسات الاجتماعية وظهور الشعور بالتضامن الاجتماعي لديه بظاهرة تقديس الأسلاف، وفي إضفاء نزعة أسطورية على أعمالهم ومآثرهم التي تحوّلت فيما بعد إلى أعراف ملزمة ومعتبرة لديهم لارتباطها بمعتقدات دينية أضفت عليها صفة الوجوب، وتلك خاصية من خاصّيات المجتمعات البدائية التي لا تميز عمليّاً ونظرياً بين الأحكام الدّينية والمدنيّة، فقواعد التحريم والمنع (Le Tabou) أساسها ديني وأخلاقي يفضي انتهاكها إلى إيقاع العقاب بالمخالف من قِبل القوى المفارقة للطبيعة قبل القوى الاجتماعية (القبيلة، العشيرة، الزّعيم، الحكماء، القرابة)[1].

غير أنّ مالينوفسكي ردّ على هذه النظرية وعلى كلّ من كان يعتقد بجمود الأعراف والعادات الاجتماعية وطبيعتها القهرية القاسية نافياً أن تكون مستمدّة من الاعتقادات المظلمة والخوف من القوى الغيبية[2]، بل هي نابعة

= العرف، فقوة التقليد لا تكفي أحياناً حتى في ظلّ الحضارات التي يندمج فيها الفرد ضمن روابط جماعية تضعف شوكة المصالح الذاتية التي تقصي الانقياد الطوعي للعرف. Ibid, 654

(1) لويد، دينيس، فكرة القانون، تعريب سليم الصّويص، سلسلة عالم المعرفة، العدد47، تشرين الثاني/ نوفمبر 1981م، المجلس الوطني للثقافة والفنون، الكويت، ص212.

(2) وهو الرّأي الذي كان يدعمه جيمس فريزر (James Frazer 1941) في كتابه (الغصن =

من مبدأ «التبادل»، ومن الحاجة الاجتماعية إلى ذلك، مثلما هو شأن المجتمعات الرّاهنة اليوم. فكما أنّ مجتمعنا يضع أُسساً قانونية لتنظيم تبادل مختلف خدمات السلع كذلك القواعد العرفية في المجتمعات البدائية منظمة للحاجات الاقتصادية وغيرها، فضلاً عن مرونتها وقابليتها للتلاؤم مع أيّ تغيير يحدث، فالأحكام القديمة تخضع لإعادة التفسير. أما الجديدة فتُستنبط من وقت إلى آخر[1].

وقد أورد هذا الإناسي هذه المراجعة التي تربط الشعور البدائي بوجوب تقديس العرف بالعقوبة من خلال ملاحظاته العينية المباشرة حول حياة المجتمعات البدائية التي زارها ولا تزال موجودة إلى اليوم، فلاحظ أنّ أشكال العقوبة متنوعة ومتعددة، وأن نجاعتها محدّدة بحسب تطور المؤسّسة القبلية. ولئن وجد في بعض قبائل الإسكيمو المتخلّفة صيغاً لمنع الثأر بوسائل أقرب إلى العنف منها إلى السلم، فإنّه رصد لدى بعض قبائل «أوروبوس» (Urubus) في البرازيل التي ينعدم فيها أيّ تنظيم قبلي رسمي عقوبة وحيدة مفروضة على المذنب هي الفضح حتى التوبة، عدا تلك التي توقعها القوى الغيبية أو الثأر. أمّا في قبائل «التروبرياند» (Troberianders) فإنها تطبق عقوبة بدائية هي «الشطب من القائمة» لمن يخلّ بالتزاماته الاقتصادية، أو وقف العون المادّي عنه وعزله عن الجماعة. وقد تصل العقوبة إلى حدّ النفي أو الطّرد في حالات الجرائم الخطيرة، وليست الغاية منها معاقبة الفرد في حدّ ذاته، بل إعادة الوضع على ما هو عليه، أي الحفاظ على النّظام الاجتماعي[2].

= الذّهبي) (The Golden Bough)، إذْ كان يعتقد أنّ الإنسان البدائي محكوم عليه أن يعيش مقيّداً باحترام عادات الأسلاف من المهد إلى اللّحد.

(1) لويد، دينيس، فكرة القانون، ص214، وكذلك:

Bronislaw Malinowski, Mœurs et coutumes des Mélanésiens, Traduit par: S. Jankélévitch, Edition Payot, 1933.

(2) لويد، دنيس، فكرة القانون، ص214.

وعلى الرغم من أنّ عدداً من الدّارسين مالوا إلى رصد وجوه من التشابه بين القانون والعرف في الوظيفة مداره على تنظيم المجتمع ووقايته من أسباب التفكك والعنف، وتبيّنوا مظاهر الاختلاف في فصل القانون العقوبة المادية عن العقوبة الدّينيّة، ووصل العرف بينهما، فإنّ أكثر مظاهر الاختلاف شيوعاً بينهما افتقارُ المجتمعات البدائية، التي تلتزم بالعرف، إلى حكم مركزي يجعل من العرف الظاهرة القانونية الوحيدة النّافذة. ويستمد ذاك النّفوذ من عامل مكافحة الانقسام الاجتماعي الذي يهدّد استقرار الجماعة ويؤذن بتفككها[1].

ومن شأن هذا الهاجس المستبد بالجماعة أنْ يفضي إلى ابتكار أدوات لفضّ النزاعات تمثّل نواة مؤسسة لتقليد قضائي يختزن في عمقه حكمة البدائيين وقدرتهم على معالجة الطّوارئ وحفظ كيانهم وثباته، فطرق فضّ النزاعات لدى هذه المجتمعات تحدد جملة من أدوات الضبط الاجتماعي التي تؤسّس لعمل «قضائي» داخله يقوم في الغالب على مبدأ التوافق وتجنّب اندلاع العنف بين فئات المجموعة ومكوّناتها، فيقوم مبدأ التبادلية بدور فعّال لتعويض مبدأ الحرب وظاهرة العنف المباشر داخل الجماعات وفيما بينها[2].

---

(1) ونجد تفصيلاً لهذه الرؤية في ما كتبه بيير كلاستر (Pierre Clastres1977) عن المجتمعات البدائية والحرب في كتابه: مجتمع اللّادولة، تعريب محمد حسين دكروب، المؤسسة الجامعية للدراسات والنّشر والتوزيع، بيروت، ط2، 1982م.

(2) ظاهرة الانقسام الاجتماعي هي العلّة الأساسية التي تقف خلف ولادة كل ظاهرة قانونية -بما فيها الأعراف- داخل المجتمعات التقليدية وغيرها، وهي التي تفسّر ظاهرة «التعقدّ» (Comlexification) في المجتمعات، ذلك أن المجتمع الأقل تعقّداً لا يعني الأكثر بساطة وبدائية، بل الأقل انقساماً وخصوصية، ومثل هذه المجتمعات تختار طوعاً نمط الكفاف الاقتصادي (L'autracie) لمحاربة كلّ بوادر انقسام اجتماعي يظهر بمجرد ظهور الثروة التي تحرك نوازع حب التملك واستغلال الآخرين. ولذلك كثيراً ما عرفت مثل هذه المجتمعات غياباً تاماً للسلطة المركزية أو ضعفها في ظلّ غياب النظام التراتبي والهرمية الاجتماعية أو هشاشتها، وتبني تلك =

وقد لا تنحصر قيمة العرف في هذا التعريف الوظائفي المباشر بل في دلالته الرمزية التي تكتسي أهمية أعمق، فهو حامل لدلالات «القانونية» (la juridicité) لا بمعناها الحديث بل بتصورها التقليدي الذي تتماهى فيه صورة القانون بصورة قيمتَي العدل والخير، ولا يرتبط ضرورة بالعقاب كما هو مجسّد في القانون الحديث، بل يجسّد فوق ذلك مفهوم الحق[1]. وارتباط

= المجتمعات بين أفرادها أنماطاً من العيش يقوم على التكامل في الأدوار، وتكريس مبدأ العمل الجماعي عوضاً عن تقسيمه مثلما تخلق عادات التفرد والتميز بين الأفراد بوساطة منافسات الغناء أو الصيد أو الخطابة، وهو ما يُلحظ بجلاء لا نظير له في مجتمعات بدائية مازالت موجودة في عالمنا الحديث والمعاصر في مناطق الإسكيمو والأمازون وغينيا الاستوائية. والسلطة الوحيدة المتوافرة بهذه المجتمعات هي سلطة الزعيم الرمزية التي يستمدها من هيبته ووقاره وليس من الإلزام والإخضاع. وتمتد هذه السلطة لتشتمل على المحكّمين (les arbitres) الذين يقومون بدور التوفيق والوساطة في النّزاعات التي تنشب بين الأفراد أو بين الجماعات. وخلافاً لكلّ ذلك، يعتقد بيير كلاستر (P.Clastres) أنّ الدولة تنشأ حين يتم تدشين علاقة قائمة على مبدأ انعدام المساواة ومؤسسة على القهر والإلزام كما هو حال المجتمعات في الموروث الغربي، ويتم فيها اختزال التشريعات إلى معايير مقننة وغير مقننة وظهور أشكال من التراتبية في تنظيم السلطة السياسية مثلما يتوسع فيها حقل الرقابة الاجتماعية ذات البعد القانوني، ويتجدد من حيث القواعد والعقوبات، وبدل تسوية النزاعات عبر التحكيم يقع اللجوء إلى المحاكمة (Le jugement). وهكذا، إنّ المجتمعات التقليدية ميّالة إلى الوفاء دوماً للماضي عوض الطموح إلى التغيير الذي هو إحدى سمات المجتمعات الحديثة، فهي تفضّل الأعراف والعادات القائمة على التكرار والقدم، في حين أن المجتمعات الحديثة ترتكز على القانون الذي يجسّد وسيلة الإرادة لدى الدّولة. وإظهار التحفّظ على التغيير لدى المجتمعات التقليدية لا يعني رفضه بل قبوله بطريقة بطيئة، والدليل على ذلك هو تغير الأعراف والعادات أو ما أسميناه بـ «مرونة العرف». راجع : رولان، نوربار، الإناسة القانونية:
Norbert Rouland, Anthropologie juridique, pp.127-130.

(1) يعتقد نوربار رولان أنّ المجتمعات الحديثة تربط جدّياً بين القانون والعقاب الإصلاحي، وهو ما يتجلى في رموز السيف والميزان المقترنين دوماً في شعارات العدالة والقضاء خلافاً للمجتمعات التقليدية التي يهدف المشرّع فيها إلى البحث عن =

القانوني بالقيم الأخلاقية لا يحمل صورة واحدة وثابتة، بل صوراً متغيرة ونسبية باختلاف المجتمعات، فمجتمعات «الإنوي» (Les Inuit) بغرونلاند (Groenland) يختارون منافسات الغناء لتسوية النزاعات بين الأفراد والمجتمعات. وفي مجتمعات أخرى يتخذ القاتل مكان ضحيته في الأسرة، فيعتني بزوجته وأبنائه. وفي مثل هذه الأوضاع لا يبحث القانون عن تحديد من هو على حق أو صواب أو خطأ، بل عن التوفيق بين مختلف الخصوم والمتنازعين وجماعاتهم تجنّباً لتصاعد التوتّر في المجتمع بأكمله. ومن هنا تأسست مجموعة من القواعد الملزمة لإعادة التوزيع الدوري للثروة مثل طقوس الإغريق القدامى، ومهرجانات المجتمعات التقليدية ذات الطابع الديني وفرض الضرائب التي تهدف إلى إعادة توزيع الثروة بشكل فعّال، وهي لا تفرض عادة على المذنبين أو المخالفين لأعراف المجموعة بل تهدف إلى ضمان السلم والنّظام داخل المجتمع. ولهذا السبب يمكن أن نقول إنّ العرف، بما هو حامل لمعنى «القانونية»، هو الضامن لعدم تعرّض المجتمع لمزيد من الانقسام وتصاعد حدة التوتر بين الأفراد والجماعات به[1].

ويفسّر نوربار رولان، بعد استعراض عدد من النظريات التي توضّح مختلف عوامل طاعة الأعراف والخضوع لها وسر توافر الصبغة الإلزامية والوجوبية بها لدى المجتمعات التقليدية، بمرجع التقليد (La référence du tradition)[2]. وهو ما جعل بعض مؤرخي الأديان، مثل إدموند أورتيغ (Edmond Ortigues,2005) ، يقرّ أن العرف في حدّ ذاته ديني، لأنّه يتضمّن

= الحق وتعليمه بدل البحث عن العدالة في العقاب. أما في المجتمعات الحديثة فإنّ البحث عن العدل يُخصّص دوماً بالقانون ويُشرّع بعقابه .Ibid, p.135

(1) Norbert Rouland, Anthropologie juridique, p.137.

(2) تعلل الأغلبية ممّن يحترمون العادة ويلتزمون بها بوازع احترام الأجداد والأسلاف وأرواحهم، ويرتبط ذلك باعتقاد أسطوري يَعدّ مظهر الالتزام شكلاً من أشكال التواصل بين الأحياء والموتى. Ibid,161

اعتقاداً في الأصول: أصول السماء والأرض، واعتقاداً في الإشارات والشرّ والعادات والقوانين والناس وأماكن القربان[1].

وبإدراكنا مدى خطورة اندراج صفة الواجب والإلزام في العرف المتأتية من مبدأ احترام العادة الاجتماعية والخضوع لها، ناهيك عن إضفاء القداسة عليها بجعلها معتقداً، نتوصل إلى تبيّن خاصية امتلاك العرف معياراً للقانونية[2]، فقد كان العرف في الجماعات الإنسانية الأولى المصدر الوحيد الذي تنبع منه قواعد القانون، ولا يزال إلى عصرنا هذا يحظى بهيبة ما في بعض المجتمعات الحديثة التي استبدلت به المدونات القانونية المكتوبة المتشكلة بدورها من السوابق القضائية والأعراف، فضلاً عن الأنظمة التشريعية التي ظهرت في التاريخ[3]، وهو ما ينقلنا إلى مستوى التطرّق إلى مفهوم العرف من وجهة نظر العلوم القانونية.

3-2- في العلوم القانونيّة:

إذا كان من البديهي وجود اندماج بين الأخلاقي والقانوني والاجتماعي والدّيني في المجتمعات التقليدية القديمة ضمن كيان واحد لا يقبل التجزئة[4]،

---

(1) Edmond -Ortigues, Religions du livre. Religions de la coutume, Paris, les éditions le sycomore, 1981, p.8.

(2) توفّر خاصية جوهرية من خصائص الإنسان عامّة ألا وهي بنية الكائن البشري المعياريّة، أو الإنسان القانوني (Homo Juridicus) وفقاً لعبارة أرسطو، وهي خاصّية تكشف عن البنية الثنائية المتوزعة لدى الإنسان بين كونه كائناً بيولوجياً بفضل أعضاء حواسه، وكائناً لغوياً تنتشر حياته في عالم العلامات وتمتدّ إلى ما وراء اللّغة إلى كل ما يجسّد فكرة ويحيل إلى الذّهن، فيتولّد المعيار، ويقع استيعابه، ويخضع الناس علاقاتهم له، ثم تنبني عليه كل القواعد التي تنتظم حياتهم وأهمها العرف. راجع: سوبيو، ألان، الإنسان القانوني: بحث في وظيفة القانون الأنثروبولوجيّة، تعريب عادل بن نصر، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، ط1، 2012م، ص13.

Annie Rouhette, Ibid, 655.

(3) عماد، عبد الغني، سوسيولوجيا الثقافة، ص154.

(4) Coutumier (Droit), E.Universalis, Corpus 5, p.655.

بما يفرز أعرافاً تحمل مضامين تلك الظواهر. فقد انتهى الوضع في العصر الحديث إلى استقلال كلّ مبحث عن الآخر تبعاً للتحوّل الذي طرأ على أفكار البشر ومعتقداتهم وتصوّراتهم للكون والحياة الاجتماعية. وبناء على اختلاف خصائص المجتمعات التقليدية عن الحديثة تغيّرت منزلة العرف في مصادر التشريع، فإذا كانت له مكانة أساسيّة في مجتمعات الحقب الماضية، فإنّه احتفظ بدور ثانوي في الحاضر ليغدو بمقتضاه إمّا مصدراً تعويضياً للقانون وإمّا تفسيرياً له[1]. ومع ذلك لم يمنع هذا التحوّل من إجماع علماء القانون الوضعيين على تعريفه بأنّه اعتياد النّاس على سلوك معيّن في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية يؤول إلى بناء قاعدة يسود الاعتقاد في وجوب احترامها وإلزامها، وأنّ مخالفتها تقتضي إيقاع عقاب مادّي على فاعلها[2].

لكنّ ذلك لم يمنع من توافره على ميزة المرونة والسهولة التي تتكيّف دوماً مع تطور الأخلاق، وهو مثال عن امتزاج النّظام القانوني المثالي بالمعيش في تأقلمه الدائم مع الحاجات الجديدة للمجتمع[3]. وينطوي هذا التعريف على صورة تاريخية لنشأة العرف وتطوره وإسهامه في تشكيل جلّ المدونات التشريعية الكبرى في تاريخ الإنسانية يجدر بنا التعرّف إليها.

يفترض علماء تاريخ القانون أنّ العرف نشأ في واقع الأمر في شكل بدائل لمبدأ القوة وظاهرة العنف في فض النّزاعات بين النّاس، فقد وجدت

---

(1) اختلفت التفاسير المتعلقة بمنزلة العرف في العصر الحديث من قائل إنّ إلزامه يعود إلى ضمير المجموعة التي تحلّ محلّ المشرّع، إلى من يعتقد أنّ مبرّره هو الضرورة الاجتماعية حين يكون التشريع ناقصاً ليغدو مصدراً من مصادر إنشاء القانون أو تفسيره. راجع: عاليّة، سمير، نظام الدّولة والقضاء والعرف في الإسلام، المؤسسة الجامعيّة للدراسات والنّشر والتوزيع، بيروت، 1999م، ص414-415. بقبق، محمد، مدخل عام لدراسة القانون، مركز النشر الجامعي، تونس، ط1، 2002م، ص192. شمام، محمود، العرف: فقهاً وقانوناً، مجلّة الهداية، العدد 3، 1994م، ص34-35.

(2) عاليّة، سمير، نظام الدّولة والقضاء والعرف، ص400.

(3) Norbert Rouland, Ibid,p. 161.

المجتمعات البدائية في ذاك المبدأ نظاماً يحمي سلامة علاقاتها مثلما يميّز بين الحقوق والواجبات، واصطبغت تلك المرحلة بغياب الوازع الواقي من تلك الظاهرة المؤذنة بخراب الاجتماع وانتفائه أصلاً[1]، وهو العامل الذي سيؤول بهؤلاء تدريجياً إلى اكتشاف القانون في مظهره العتيق على الأقل[2].

ولئن تولّد عن مبدأ القوة إرهاصات نظام عقابي تجسّد في الثأر والانتقام، فضلاً عن تضمّنه فهماً معيّناً للحق ومعترفاً بحق الجماعة قبل الفرد، فإنّ بداية تشكّل مظاهر الاعتقاد في الغيب والعالم الآخر قد ساعدت على إيجاد منظومة بدائية معيارية للأخلاق مقابل بداية تلاشي النزوع إلى القوّة والعنف خياراً للفصل في النّزاعات. ومع التحوّل الاقتصادي المتمثل في اكتشاف الزراعة، وبداية التعرّف إلى نمط العيش المستقرّ، كان البحث عن معيار آخر لفضّ النزاع دون اللجوء إلى القوّة عاملاً آخر مساعداً على ولادة العرف وثباته من خلال استحداث نظام التحكيم الذي كان متنوعاً ومتعدداً ابتداء من مسابقات المهارة في الغناء والمبارزة مروراً بتفويض الحكم إلى طرف ثالث يفصل النّزاع ويُلزم الجميع باحترام الحكم الصّادر عنه، وصولاً إلى إقرار وسائل بديلة واقية مثل التخلّي عن الجاني بالخلع أو بالطرد أو برفع الحماية عنه[3]، أو بإقرار القصاص وبدائله تعويضاً للثأر وانعدام الإنصاف[4].

---

(1) «ثمّ إنّ هذا الاجتماع إذا حصل للبشر كما قرّرنا، وتمّ عمران العالم به، فلا بدّ من وازع يدفع بعضهم عن بعض، لما في طباعهم الحيوانية من العدوانية والظّلم». ابن خلدون، المقدّمة، ص34.

(2) الفتلاوي، صاحب عبيد، تأريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 1998م، ط1، ص10. حسين، فايز، «العرف والتشريع في النّظام القانوني الرّوماني اللّاتيني الفرنسي والنّظام الأنجلو سكسوني»، مجلّة التسامح، العدد الرابع والعشرون، خريف 1429هـ/ 2008م، (العدد الإلكتروني).

(3) الفتلاوي، عبيد، تأريخ القانون، ص31-32.

(4) تضمن العديد من الشرائع عقوبات بديلة مثل ضرب الدّية على العاقلة (وهي حق القتيل)، والقسامة (وهي أن يقسم من أولياء الدّم خمسون نفراً على استحقاقهم دم =

مثّل العرف واحداً من أهم الحلقات الكبرى التي مهّدت لظهور القانون والتشريع، ومصدراً من مصادرهما الأساسية في العالم القديم، وقد فصل مؤرخو القانون بين مرحلتين: مرحلة العرف التي ارتبطت بغياب جهاز الدولة والإدارة، ومرحلة الدولة التي شهدت ظهور القوانين وتدوينها، مع اكتشاف الكتابة وتطور استعمالها لدى الشعوب، وهو ما حتّم ظهور ما يعرف بالمدوّنات القانونية الساعية إلى تدوين التقاليد الدينية كما هو الشأن لدى الهنود واليهود، وكذلك تلخيص القواعد العرفية السائدة كما هو الشأن لدى الرّومان والبابليين والآشوريين، ويعلل المؤرخون ذلك بعامل ازدياد السكان، واتساع رقعة المجتمع في مساحة الأرض، وتعقّد المشاكل الاجتماعية، وتعدد النّزاعات في فرض الانتقال من الأعراف الشفوية إلى القوانين المدوّنة، إذْ يثبت عدد مهم منهم تضمن الشرائع العراقية القديمة للكثير من الأعراف الملخّصة لمبادئ المعاملات في الحياة اليومية، وهي التي تجلّت في عثور علماء الآثار على عدد مهم من ألواح الطين المدونة بشتى أصناف الوثائق القانونية السومرية كالعقود والوصايا والصكوك والوصولات المكتوبة، وهي التي تشهد على تطوّر تلك المعاملات من مرحلة الأعراف الشفوية إلى القوانين المكتوبة. ومن ضمن هذه الأعراف المدوّنة نذكر عرف حقوق المرأة وحمايتها من تصرّف الأزواج في قانون أورنمو مؤسس سلالة أور الثالثة (2111 ق.م-2003 ق.م). وعُرف الاختبار أو المحنة لإظهار براءة المتهم المذكور سابقاً وأعراف التعويض عن الضرر والغرامة بدل القصاص[1]، الذي تبنته قوانين حمّورابي (1728 ق.م-1686 ق.م)، والقوانين الآشورية

= صاحبهم إذا وجدوه قتيلاً بين قوم ولم يعرف قاتله، فإن حلف المدعون استحقوا الديّة وإن حلف المتهمون انتفت عنهم)، واستعملت جملة من الصيغ التي يقصد منها تلافي القوة والعنف مثل الاختبار واليمين. راجع: الفتلاوي، صاحب عبيد، تأريخ القانون، ص37.

(1) (م.ن)، ص85.

اللّاحقة[1]، مثلما تبنّت العديد من الأعراف الاجتماعية المتصلة بجرائم الشرف والسرقة ومسائل الحياة الشخصية كالزواج والطّلاق والإرث والتبنّي والملكية والعقود[2]. وتُضاف إلى هذه المدونات قوانين «مانو» الهندي التي ترجع أصولها إلى أعراف الحياة اليومية المنظّمة للحياة الاجتماعية في الهند المرجح ظهورها في القرن الثاني عشر قبل الميلاد، والمتضمّنة العديد من العقوبات القاسية المستقاة من أعراف المجتمعات الهندية القديمة مثل بتر الأيدي والأقدام والأنوف والآذان وفقء العين[3].

ويمكن تبيّن دور العرف في تشكيل المدوّنات القانونية التاريخية الغربية من خلال مثالَيْن هما: القوانين الرومانية من جهة، والقوانين الأنجلوسكسونية من جهة أخرى، فالأول وفق اعتراف الفقيه الرّوماني بومبونيوس ميلا (Pomponius Mela) في كتابه **(تاريخ الحقوق الرّومانيّة)**، الذي حفظته ونقلته إلينا مجموعة الفقه للإمبراطور جستينيان (Justinien 565)، إذ يرى أنّ الشعب الرّوماني في عهد النشأة لم تكن له قوانين مسنونة يعتمد عليها بل كانت هناك «عادة» فحسب، وهي قانون غير مكتوب. ولم يحدد لنا بومبونيوس هذه العادة ولا مستندها ولا زمن ولادتها ولا الزمن الذي اتخذت فيه صفتها الوجوبيّة، لكن العلماء فيما بعد عرّفوها بكونها عادات الأجداد المنقولة بين النّاس في عهد لم تكن فيه الكتابة موجودة أو منتشرة. وقد كان لرجال الدّين دور كبير في نشر العرف وإضفاء بعد ديني عليه في الفترة التي شهدت صدور قانون الألواح الاثني عشر في العصر الجمهوري الذي تلا العصر الملكي[4]. وأساس هذا القانون هو تجميع

(1) (م.ن)، ص87.

(2) يراجع في هذا السياق ما كتبه الحمداني، شعيب أحمد: "قانون حمّورابي"، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، بيت الحكمة، (1987-1988م).

(3) (م.ن)، ص910.

(4) الفتلاوي، عبيد، تأريخ القانون، ص132-133.

للقواعد العرفية السابقة ليكون عماداً للقانونيْن العام والخاص الرّوماني في تلك الحقبة. وعلى الرغم من تأثير الفلسفة الإغريقية في هيكلة القانون الرّوماني إلا أنّ جل المؤرّخين يعتقدون أنّ العرف ظلّ يحتل الصدارة في مصادره، بل ظلّ مؤثراً في مساره، حيث كانت له القدرة على إنشاء القواعد القانونية وتعديلها وإلغائها وفقاً لاستنتاجات صوفي أبو طالب ودينيس لويد (Dennis lloyd)[1]، الذي يميل إلى الاعتقاد بأن طبيعة تلك المرحلة المتسمة بالتناقض بين البربر والرومان من جهة وبين رجال الدين والعامّة من جهة ثانية قد جعلت من الإمبراطورية الرومانية ساحة لمزيج من الأوضاع القانونية المتنازعة حين احتكمت الممالك الخارجة عن سيطرة الحكم المركزي إلى أعرافها، وأسهم التطور البطيء للنّظام الإقطاعي في ضعف السلطة المركزية فكان تعامل النبلاء مع الأقنان والعبيد قائماً على الأعراف المحلية السائدة بدل تشريعات الدولة ورجال الدّين[2]. ويلحظ هنا أن القانون الروماني هو أصل القوانين اللاتينية جميعاً ورافدها حتى في العصر الحديث، إذ استمرّ من خلاله تأثير العرف في مصادر القوانين الحديثة، وخصوصاً في فرنسا[3].

---

(1) يعتقد مؤرّخو القوانين الرّومانيّة أنّ أسس القوانين في روما القديمة ظلّت عرفية، وأن التشريع كان أمراً استثنائيّاً ومرتبطاً بالتفسير الإلهي المباشر كما هو الحال عند اليهودية، فقد مالت الطبقة الحاكمة ورجال الدّين أحياناً إلى جعل الأعراف قوانين غامضة لأنها تتعارض مع تشريعاتها، وهو ما خلق حالة من الاضطراب الاجتماعي انتهت بنشر القوانين العرفية مع الألواح الاثني عشر دون أن تكتسب منزلة المدونة القانونية المنظمة بالمعنى الحديث، راجع: أبو طالب، صوفي، الوجيز في القانون الرّوماني، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 1965م، ص94-95. ولويد، دينيس، فكرة القانون، ص219.

(2) لويد، (م.ن)، ص222.

(3) على الرغم من أنّ التقنين المدني الفرنسي الصادر سنة 1804م لا يعترف للعرف بسلطة سدّ النقص في التشريع، نعثر على نصوص كثيرة محيلة على العادات في وضعيات خاصّة بما يجعل منه مساعداً على التشريع، إذْ يبرز دوره في مجال المعاملات التجاريّة وبعض المسائل المدنية، فمن ضمن الأفكار القانونية الأساسية =

أما الثاني، أي القانون الإنجليزي، فهو أصل القوانين الإنجلو سكسونية، وقد نشأ في بدايات القرن الخامس عشر الميلادي أثناء فترة الحكم الملكي بعد غزو القبائل الإنجلو سكسونية في مرحلة أولى، والنورمانديين في مرحلة ثانية، فكان الملك وكانت المحاكم تبت في النّزاعات المعروضة عليها استناداً إلى مجموعة الأعراف والتقاليد المحليّة (Customs and Local traditions)[1]. وتبعاً لذلك انبنى نظام قانوني في تلك الحقبة قائم على خليط من القواعد العرفية وجملة من التشريعات الأخرى سمتها البدائية والشكليّة ومصدرها السوابق القضائية[2]. وكان لفترة الحكم النورماندي الفضل في توحيد التشريعات المختلفة ضمن نظام قانوني واحد أُطلق عليه تسمية شريعة القانون العام (Legal Common Law system)، وذلك من خلال إرساء نظام سياسي مركزي قوي[3]. وقد عدّ بعض الباحثين في تاريخ القانون الإنجليزي أنّ هذا النّظام المستمد من الأعراف كان جسراً بين القانون العرفي الأصيل والنّظام

= التي ما زالت قائمة على العرف في فرنسا مسألة تقدير حسن النيّة وفكرة الخطأ والمصلحة العامّة وأهليّة القصر. وتشير كل تلك المسائل إلى العرف المحلّي بل هناك من الأعراف ما لا يزال متعارضاً مع التشريع ونافذاً مثلما هو الحال في العرف المتعلّق بالهبة التي ينصّ القانون على توثيقها، وتعترف المحاكم بالشرط العرفي الذي ينص على عدم التوثيق. ويستعمل العرف في هذا القانون لسدّ الثغرات في قواعده وأحكامه، ويتجلّى ذلك في المادة (18) منه التي تنصّ بوضوح على اللجوء مباشرة إلى العادات الشائعة في حال استحال فيها تطبيق اتساق قانوني وطني بعيد عن الواقع لأنّ الممارسة تقوم بدور مهم في العلاقات التعاقدية وشروط العقود تتطابق دوماً مع العادات. وإجمالاً إنّ اللجوء إلى العادات ضروري لسد بعض الثغرات القانونية. للمزيد من التفصيل يمكن مراجعة:

Ghestin (Jaques) et Goubeaux (Gilles), Traité de droit civil, Introduction Générale, Paris, L.G.D.J., 1977, p.364.

(1) بدران، محمد، القانون الإنجليزي: دراسة في تطوره التّاريخي ومصادره القانونية، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 1989م، ص10.

(2) (م.ن)، ص12.

(3) (م.ن)، ص21.

القانوني المقنّن المتطوّر في عدد من الدّول الحديثة، فلم يكن عمل القضاة قائماً على فراغ بل كانوا جزءاً من المجتمع الذي يقتضي أن تكون مبادئه القانونية الموضوعة والمطبّقة انعكاساً للمشاعر السائدة والممارسات الشائعة والعادات المتفق عليها. وهنا كثيراً ما يُعاب على النظام القضائي الحديث إعطاء نفسه قدراً من الاستقلالية الذّاتية التي ترتبط بمحاولة بلوغ النقاء والصفاء المثاليين في القانون، فينجرّ عن ذلك ابتعاده التدريجي عن واقع الحياة اليوميّة الذي تعكسه العادات والأعراف، وهو ما يعسّر في النّهاية عملية التغيير أو الإصلاح في القانون إلا عبر تشريعات قليلة ونادرة[1].

وبعيداً عن المثال التاريخي الأوربي نجد المثال الصيني معبّراً عن تجربة فريدة وخاصة في التعامل مع العرف، فالصينيون لم يتوصلوا إلى فكرة الكون الذي تحكمه الشرائع الماديّة الثابتة، بل عَدُّوه نوعاً من الانسجام بين قوى متصارعة مختلفة ومتعددة لا وجود فيه لـ«واهب للقانون» يضع نظاماً له. وبناء عليه لا يوجد مشرّع واضع لقوانين ثابتة وقواعد نهائية. ووفقاً لهذا الفهم لا يكون حلّ النزاعات عبر تطبيق معايير مصممة سلفاً بوساطة جهاز قضائي أو ما يشبهه، بل، على العكس من ذلك، هم يرون أن العدل القانوني يتجسّد في السعي إلى خلق التوافق بين مصالح الأطراف وفق روح الانسجام الكوني وتبعاً لحكم العقل وعبر الشورى وإعمال الرأي. ومن ثمّ يرون أنّ الانسجام الثاني، بعد انسجام الإنسان مع الطبيعة، ينبغي أن يتوافر بين الأفراد أنفسهم، ولذلك يتعيّن أن تقدّم فكرة المصالحة والصلح في العلاقات البشرية تجنّب، قدر الإمكان، كلّ حكم جماعي، ويتم ذلك عبر استيعاب المشاكل دون الحسم فيها ومصادقة الجميع على الحلّ المقترح الذي يصبح حلاً عادلاً لديهم، فلا يهزم أحد، ولا يكسب أحد، وإنّما تحلّ النّزاعات فقط دون تسلّط أو إكراه. ومن هنا رأى مؤرّخو القانون أن الصينيين كانوا يرفضون

(1) لويد، فكرة القانون، ص224.

التصوّر المألوف للقانون الذي يفرض على الناس تطبيق قوالب صلبة وجامدة قد تحول دون الوفاق والمصالح الضّروريّة، ويفضّلون حصر تطبيقه على المتهوّرين والمجرمين[1]. ويعلّل دينيس لويد دوافع نجاح هذا النّظام القانوني العرفي في تاريخ الصّين، بحسب البعض، بغياب نظام الطوائف فيه وفشل رسوخ أيّ نظام تجاري أو صناعي منظم داخله[2].

لا ريْب في أنّ العلاقة بين العرف والقانون حديثاً قد شهدت تطوّرات متلاحقة لم تنتهِ إلى القطع نهائياً مع الظاهرة العرفية باعتبارها ظاهرة قانونية تفرض الإلزام والتقيد بالقواعد الناشئة عنها. وقد ارتبط تطور مفهوم القانون وسيادته بتطور التفكير العقلاني والإيمان بالدولة باعتبارها المظهر الأسمى المجسّد لكمال العقل البشري، ونتاجاً للقوى التّاريخية الواقعة في قبضة الفكر الكوني وفقاً لتعبير الفيلسوف الألماني هيغل (Hegel 1831)، لكنّ ذلك لم يمنع الفقيه الألماني سافيني (Savigny 1861)، أحد أعلام هذه المدرسة التاريخانية، من اعتبار القانون العرفي معبّراً عن روح الشعب لا نِتَاجَ مشروع مصطنع. وبناء عليه منحه هذا الأخير ثقته وإيمانه به وعَدَّه وليد عمليّة تاريخيّة طويلة ومستمرّة مثلما عَدَّ صلاحيته كامنة في تأصّل جذوره داخل الوجدان الشعبي، وهو البعد النفسي الذي ألمعنا إليه في تعاريف متعددة من علم الاجتماع إلى الإناسة إلى القانون. وتبعاً لذلك كان هذا الأخير ينظر إلى التشريع بريبة كبيرة باعتباره تدخلاً تعسّفياً في التطوّر التدريجي للمبادئ العرفية التّاريخية[3]. وعلى الرغم من دور المدرسة التاريخية في تطوير الفكر القانوني الحديث بإخراج مفهوم القانون من مجرّد جمع للأحكام المفروضة على المجتمع إلى جعله جزءاً متكاملاً مع المجتمع ينطوي على عمق في النّظام

(1) راجع ما كتبه محمّد بقبق، مدخل عام لدراسة القانون، مركز النّشر الجامعي، ط1، 2002م، ص148-150.

(2) (م.ن)، ص221.

(3) (م.ن)، ص230.

الاقتصادي والاجتماعي من خلال تجسيد القيم التقليدية التي تمنحه معنى وترسم له غاية وتطبعه بهوية، يظهر الخلل في التركيز على مفهوم «الشعب» ضمنه باعتباره كياناً متمايزاً يشبه «الإرادة العامّة» لروسو (Rousseau 1778)، إذْ يضفي المفهوم الألماني، باعتباره رائداً في هذه المدرسة، على معنى «الشعب» (Volk)[1] دلالات غامضة وملتبسة بما يحيل على صبغة مخصوصة للقانون لها صلة بمجموعة عرقية ما. وهذا ما تجلّى في تطور القانون العرفي العام (Common Law) في بريطانيا مثلاً، حين عبّر عن خصوصية ما لمفهوم القانون مستمدّة أساساً من روح هذا الشعب وتقاليده وتراثه وسوابقه القضائية، بل يضاف إلى ذلك أنّ القانون العرفي طُبق في معظم بلدان الكومنولث على مجموعات وشعوب شديدة التغاير[2]. وقد أشرنا سابقاً إلى استمرار تعايش القوانين العرفية جنباً إلى جنب مع الوضعيّة في كلّ من إندونيسيا (l'Adatrecht) وأسواق صنعاء في اليمن وبدو الأردن وبعض الدول الإفريقية[3].

نكاد ننتهي في هذه التعريفات النّظرية، على شمولها واتساعها وتعدّد مشاربها، إلى الاقتناع بأنّ الظاهرة العرفية في التشريعات التاريخية والمنظومات القانونية عايشها الإنسان وتفاعل معها إلى حدّ جعلها ظاهرة حيّة مستمرة مخترقة للحياة الإنسانية قديماً وحديثاً، وأنّ توافر صفة الإلزام والوجوب المتداخلة مع صبغة التقديس يجعل علاقتها بالظاهرة الدينية، التي تحمل في صميمها مبدأ القداسة ذاتها، ملتبسة إلى أبعد الحدود.

ويُضاف إلى ذلك ما يتولّد عن ميزة المعيارية، التي تطبع أبعاد الإنسان ذي البنية المزدوجة، باعتباره كائناً بيولوجياً ولغوياً في آن، من إثارة صلة

---

(1) عبارة الشعب (Volk) بالألمانيّة تحمل دلالات متعددة: الناس، الأمّة، العرق والمجموعة العرقية. (م.ن)، ص231.

(2) (م.ن)، ص232.

(3) Bernard Botiveau, Droit islamique: du politique à l'anthropologique, in Droit et Société, 15-1990, pp. 182,185.

الظاهرة العرفيّة باللّسان[1]، وهو مجال بحثنا الآتي عن مصطلح العرف من زاوية نظر البحوث اللسانية.

3-3- في علوم اللّسان:

إنّ مجال دراسة هذه المسألة هو اللسانيات الاجتماعية وهي فرع من فروع اللّسانيات العامّة تهتمّ بدراسة اللغة والكلام في إطار سياقهما الاجتماعي والثقافي، فقد عرّف فيشمان (Fishman) هذا العلم بأنه يُعنَى بالمتكلّم واللّغة التي يستعملها المتقبّل وزمن التكلّم ومنتهى الكلام (أو مقاصده)[2]. وترى نهاد موسى أنّه يستدرك إغفال اللّسانيات الحديثة للسياق الذي تستعمل فيه اللّغة متطلّعاً إلى بيان كيفية تفاعل اللّغة مع محيطها بالنّظر إلى العوامل الخارجيّة التي تؤثّر في استعمالها وأبرزها «التشكيل الاجتماعي»، لأنّ المتغيّرات الاجتماعية، مثل طبقة المتكلّم ومركزه وطبيعة الموقف الذي يتكلّم فيه، تؤثّر في استعمالنا للّغة تأثيراً معيّناً، ومن جهة أخرى هو علم يندرج ضمن وظائف اللّغة انطلاقاً من مفهوم «الأورغانون اللغوي» الذي صاغه عالم النفس النمساوي كارل بيلر (Karl Buhler 1963) حين شبّه اللغة بالآلة للدلالة على

---

(1) يترتب على هذه المسلّمة أنّ كل إنسان يجيء إلى العالم حاملاً معه ديْناً من المعنى موجود سلفاً يمنحه دلالة لوجوده مع ما يفترضه من تعلّم اللغة الأم التي تمثّل المصدر الأول لذاك المعنى والمورد الأصلي للدوغمائيّة الضرورية التي تشكّل الذّات. ويفترض هذا التعلّم خضوع الجميع للحدود التي تُضفَى على الكلمات. ومن هنا يجد الإنسان ذاته في صلة مع الآخر حين يُسمّى ويدرج في سلسلة البنوّة ليتحوّل إلى كائن قانوني (Homo Juridicus) بالمعنى التجريدي الواسع للعبارة، ومن ثم يغدو المجتمع معلّماً للعقل وفق علاقات قوليّة تربط الناس بعضهم ببعض عبر منح معنى للوجود الإنساني الذي ينتج عن ولادة المعيار واستيعابه. وهكذا يُخضع النّاس علاقاتهم له، ومن ثمّ تنبني عليه قواعد تنتظم كلّ حياتهم ومن ضمنها الشعور الدّيني والقواعد الاجتماعية التي نسميها الأعراف. راجع: آلان سوبيو، الإنسان القانوني، ص45- 51.

(2) Fishman.J.A, The sociology of language. in Society Rowley, New buys House, 1972,p.1.

الفكرة القائلة بأنّ اللغة، بما هي نظام من العلامات، تعمل مثل الآلة التي بها يتناقل النّاس الخبر عن الأشياء، وهو مفهوم يلحّ على أهميّة «السياق» أو «الموقف» أو «المقام» عند النّظر إلى موضوع الدّراسة. وبناء على ذلك يصبح من مناهج هذا العلم -لفهم وظيفة اللغة من حيث هي أداة- النظر إليها في إطار عوامل رئيسة ثلاثة ينتظمها الموقف، وهي: المتكلّم والسامع، والأشياء التي هي موضوع الكلام. وتقوم العلامة اللّغوية على التواؤم مع هذه العناصر الثلاثة، أيْ إنّه إذا اختلف المتكلّم اختلفت العلامة اللّغوية، وكذلك الشأن مع السامع ومع عناصر الموقف أو السياق[1]. وتعرض (موسى) موقف المدرسة الوظيفية في اللّغة تلك التي تعتقد بتحكّم وجوه عريضة من العوامل غير النّحوية (اللّغوية) في الظّاهرة اللّغوية، فأتباع هذه المدرسة يستشرفون، في نهاية الأمر، دَرْسَ المعطيات اللّغوية الحقيقية من أجل اكتشاف العوامل المختلفة وفهرستها سواء في مستوى الدلالة أم النحو أم مواقف الخطاب ومقاصد الاستعمال، أيْ ذاك الذي يقنّن ما يظهر على السطح الخارجي أنّه معطيات لغوية فوضوية[2].
وتنظر الباحثة الأردنية إلى مفهوم «سياق الحال» مورداً ثالثاً يرصد علاقة اللّغة بالسمات والمتغيّرات في العالم الخارجي الذي تحدث فيه، وهو مفهوم يتشكّل من عدّة عناصر تكوّن الموقف الكلامي أو الوضع الكلامي، وهي: شخصيتا المتكلّم والسامع وتكوينهما الثقافي، فضلاً عن شخصية الشاهد من غيرهما -إن وجد- ثمّ العوامل الاجتماعية وظواهرها ذات العلاقة باللغة والسلوك اللّغوي في الموقف الكلامي (مثل المناخ، والظرف السياسي، ومكان التخاطب وما يطرأ من انفعال أو استجابة أثناءه)، وأخيراً أثر النصّ (الاقتناع، الألم، الإغراء، الضحك... وبناء عليْه كان من العسير الانتباه إلى الدلالة العرفية في النظام اللّغوي انطلاقاً من دراسة بنيوية لذاك النّظام تكتفي بمعالجة

---

(1) موسى، نهاد، الأعراف أو نحو اللّسانيّات الاجتماعيّة في العربيّة، المجلّة العربيّة للدراسات اللغوية، الخرطوم، 1985م، المجلد4، العدد1، ص10.
(2) (م.ن)، ص11.

الظواهر الدّاخلية للغة بمعزل عن العوامل الخارجية المسهمة في تشكّل دلالتها؛ ذلك أنّ تشكّل هذه الدّلالة يعود إلى جملة من العناصر غير اللّغوية أكثر من العناصر اللّغوية الكامنة داخل ذاك النّظام، فالنّاظر في اللّغة، على وجه التقعيد والوصف والتفسير، ينتهي بالضّرورة إلى اعتبار المتغيّرات الخارجية التي تكتنف المادّة اللّغوية واستعمالاتها[1]. ومن ثمّ إنّ المعنى المعجمي ليس المحدّد النهائي والمطلق لدلالة العلامة اللّغوية، بل تدخل عناصر خارجيّة تحدّد اتجاه الدّلالة ومن أهمّها ما يسميه اللّسانيون «المقام»، فقد رأى جي آر فرث (J.R.Firth 1960) أن الافتراض الأساسي يتمثّل في اعتبار كلّ نص من مكوّنات ظرف معيّن، ولذلك لا يمكن إنكار تأثير دلالة سياق النصّ اللغوي وسياق الموقف الملابس له[2].

كانت هذه المفاهيم مستمدّة أساساً من التطوّر النّظري الذي شهده الدّرس اللساني في الغرب، والذي بمقتضاه تحوّل النظر في اللغة من بحث في بنيتها الداخلية وانتظامها الذّاتي إلى البحث في العناصر ذات المرجعية الخارجية، فظهر الاتجاه الوظيفي ممهداً للتداولية التي تهدف إلى دراسة علاقة العلامات بمستعمليها، أي دراسة اللّغة أثناء ممارستها إحدى وظائفها الإنجازية

(1) موسى، نهاد، نظرية النّحو العربي في ضوء مناهج النّظر اللّغوي الحديث، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 1980م، ص88.

(2) يمكن مراجعة الفصل الذي كتبه أحمد مختار عمر في كتابه علم الدلالة حول نظرية السياق من الصفحة 68-78، حيث عرّف بنظرية الوظيفة الاجتماعية للغة، واسترعى انتباهنا تعريفه للسياقات التي تعدّل دلالة الكلمة. ومنها على وجه الخصوص السياق الثقافي (Cultural context) الذي يقتضي تحديد المحيط الثقافي والاجتماعي المتأثر بنظرية مالينوفسكي التي عالجت دور اللغة في المجتمعات البدائية ونظرية الفيلسوف فيتغنشتاين (Wittgenstein 1951)، التي أكّدت على دور الدّلالة الاستعماليّة للغة، ويوضحها برتراند راسل ((Bertrand Russell 1970) بقوله: «الكلمة تحمل معنى غامضاً لدرجة ما، ولكن المعنى يكتشف فقط عن طريق ملاحظة استعماله. الاستعمال يأتي أوّلاً، وحينئذٍ يتقطّر المعنى منه». راجع: عمر، أحمد مختار، علم الدّلالة، دار عالم الكتب، القاهرة، ط5، 1998م، ص72.

والحوارية والتواصلية[1]. وبناء على ذلك انصبّ اهتمامها على كيفية استخدام النّاس للعلامات اللّغوية في الخطابيْن العادي والرّسمي، وكيفية تأويلهم لهما، وتتموضع علاقة العرف بالدلالة والخطاب في هذا الإطار وضمن دراسة مستوى التواصل أو التخاطب بين المتكلم والمخاطب. وانطلاقاً من مفهوم «الصعيد المشترك»، الذي يتلخّص في الأخذ في الاعتبار الصعيد المشترك بين المخاطب والسّامع، أي المعارف والمعتقدات والاتجاهات النّفسية المشتركة بين أفراد الثقافة التي ينتمي إليها طرفا التخاطب[2]. ومنها مستوى القصد وعرف التخاطب، حيث تكون الدلالة العرفية جزءاً من المعاني الضمنية التي لا تدلّ عليها صيغة الجملة بل يحددها السياق، وتكون المعاني العرفية مرتبطة بالجملة ارتباطاً أصيلاً وملازمة للكلام (أو الجملة) في مقام معيّن[3]. وهي، بهذا المعنى، جزء من الدّلالات الضمنية غير الصريحة[4]، وجزء من دلالة الالتزام أو (الاستلزام)، وهي تعني دلالة اللفظ على معنى آخر خارج عن معناه الأصلي إلا أنّه لازم له عُرفاً، أي إنّ المعنى المستفاد لا يدُلّ عليه اللفظ مباشرة، ولكنّه يلازمه بحكم العرف كدلالة الدّابة على الفرس، ودلالة الغائط على موضع التغوّط في العربيّة. وتعرف الدلالة الالتزامية العرفية بأنّها غير بيّنة، أي تحتاج إلى استدلال ليصدق العقل بها، خلافاً للدلالة الالتزامية العقليّة التي لا تحتاج إلى ذلك ليجزم بها العقل كدلالة الحرارة للنار والضوء للشمس[5].

---

(1) عليان، يوسف سليمان، مقال «البعد التداولي عند الأصوليين: ابن قيم الجوزية في كتابه بدائع الفوائد أنموذجاً»، مجلّة جامعة أمّ القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 53، رمضان 1432هـ، ص480.

(2) (م.ن)، ص485.

(3) صحراوي، مسعود، التداوليّة عند العلماء العرب، دار الطليعة، بيروت، ط1، 2005م، ص35.

(4) صحراوي، (م.ن)، 36.

(5) سالم، محمد شمس الدّين إبراهيم، تيسير القواعد المنطقيّة، مطبعة أبناء وهبة محمد حسّان، القاهرة، ط4، 1981م، ص30-31.

وتبدو دراسة الدلالة العرفيّة في علوم اللغة محلّ تقاطع بين اللسانيات الاجتماعية وعلم الدلالة والتداوليّة والبلاغة أيضاً، فقد خصصت ألفة يوسف جزءاً من أطروحتها حول «تعدّد المعنى في القرآن «لدراسة هذه المسألة حيث نزّلت المسألة في إطار البحث عن المجاز الخفيّ وصلته بالمقام، وعُدّت تلك الدلالة ضرباً من المجازات الجماعية الشائعة بتواتر استعمال بعض المعاني المجازيّة للدلالة على معنى واحد خفيّ حتّى يكاد يغدو معنى وضعيّاً، ولذلك فإن هذه المجازات عرفيّة يحدّدها العرف، وهي قريبة مما اصطلح عليه الغربيون بـ«مجاز الاستعمال» (métaphore d'usage)، والغالب عليها هو عدم استنادها إلى خصائص الأشياء في ذاتها، بل إلى معانيها الالتزامية التي تختلف من لغة إلى أخرى، وهو ما يفسّر عسر ترجمتها أحياناً[1]، وتصنّف ألفة يوسف المجازات العرفية إلى ثلاثة هي:

- **العام**: وهو لا يدل على معنى مخصوص بل على جنس من المعاني تندرج غالباً في إطار معياري عام يتصل بالتأويلات الاجتماعيّة، وهي تختلف ما بين المجتمعات ولا تثبت في ذاتها حضور المعنى المجازي الخفيّ، بل تكتفي عادة بتحديد أطره المعيارية، فتكون بعض المجازات ذات شحنة إيجابية وأخرى ذات شحنة سلبية، وهذا شأن عبارة «اليمين» في العربيّة في المعنى الإيجابي، والشيطان في المعنى المكروه السلبي، وهي في كلّ ذلك يغيب منها المعنى المجازي الخفي، وتكتفي بالإحالة على شحنة من الدلالة المعيارية إيجابية كانت أم سلبية قابلة لأن تشتمل على موضوعات كثيرة[2].

- **الخاصّ**: وهو أنّ يدلّ المجاز على معنى خفيّ واحد ومحدّد، وهذا ما نجده في دلالة الأسد على الشجاع، ودلالة الحمار على البليد، والبحر

(1) يوسف، ألفة، تعدد المعنى في القرآن، دار سحر للنشر- كلية الآداب بمنوبة، ط2، ص269-270.

(2) يوسف، ألفة، (م.ن)، ص270.

على الكريم، وهذه المجازات ترد في سياق للقول وفي مقام خاص وعام، فإذا لاءم المعنى المجازي الشائع ذاك السياق كان حاضراً فيهما، وكان بذلك المعنى المقصود الذي يمتنع تعدّده غالباً، وإذا لم يلائمهما وجب الخروج عن المجاز العرفي وأمكن تعدّد المعنى[1].

- **المشترك**: هي مجازات اجتماعية عامة أو خاصّة تدلّ على أكثر من معنى ممكن، وهذا معنى «يد» التي تفيد -لا بانفرادها بل وفق ورودها في السياق والمقام- معاني مختلفة منها: النعمة والقدرة والعون والذات، فإن لم يقبل المقام والسياق إلا واحداً منها فحسب عسُر إمكان تعدّد المعنى المجازي، وفي القرآن مجازات عُرفيّة ملائمة للسياق والمقام لا تفيد إلا معنى واحداً ومنها الخاصّ والمشترك[2].

وتجدر الإشارة هنا إلى الصلة الخفية والمتينة بين أدوار اللغة الاجتماعية في تداول ألفاظها ومعانيها وتراكيبها وصيغها وبناء الواقع الاجتماعي، حيث تكون للدلالات العرفية أدوار أخطر، وهو ما يثيره عالم اللسانيات التداولية جون سيرل في كتابه (**بناء الواقع الاجتماعي: من الطبيعة إلى الثقافة**)[3].

---

(1) (م.ن).

(2) من الخاصّ مثلاً كلمة الحمار الدّالة على معنى الجهل والبلادة في قوله تعالى: ﴿مَثَلُ ٱلَّذِينَ حُمِّلُوا۟ ٱلتَّوْرَىٰةَ ثُمَّ لَمْ يَحْمِلُوهَا كَمَثَلِ ٱلْحِمَارِ يَحْمِلُ أَسْفَارًۢا ۚ بِئْسَ مَثَلُ ٱلْقَوْمِ ٱلَّذِينَ كَذَّبُوا۟ بِـَٔايَٰتِ ٱللَّهِ ۚ وَٱللَّهُ لَا يَهْدِى ٱلْقَوْمَ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [الجُمُعَة: 5]. ومن المشترك قوله تعالى: ﴿وَأَنَّ ٱلْفَضْلَ بِيَدِ ٱللَّهِ يُؤْتِيهِ مَن يَشَآءُ ۚ﴾ [الحَديد: 29]. فإذا استثنينا التفسير الوضعي الذي لا يفيدنا هنا فإنّ الاعتبار المجازي يجعل ذات الله مفسّرة لليد فيكون الفضل لله. (م.ن)، ص271-272.

(3) إنّ بناء الواقع الاجتماعي يقتضي بناء مؤسسات، وتلك المؤسّسات تقوم على جملة من المبادئ المعيارية، وتبدو اللّغة أهم تلك المؤسّسات من جهة، والمسهمة في صناعة سائر المؤسسات الأخرى، فمن خلالها تصنع الأفكار وتتزيف وتتحكم في العقل الإنساني وتدفعنا نحو الفعل داخل سياج المؤسّسة الاجتماعيّة، فهي تعلن عن قيام الحقائق والوقائع المؤسسيّة (Institutional Facts) مثل المال والزواج والملكية =

ويُشار في هذا السياق إلى أنّ البحث في الدّلالة العرفية كان أحد مباحث الدرس البلاغي القديم في مسألة التمييز بين الحقيقة والمجاز، إذْ خصّص لها البلاغيون القدامى فصولاً في ذلك ويدرجها الجرجاني (474هـ/ 1082م) مثلاً في باب «دلالة المعنى على المعنى»[1]، وهو أن يدرك السّامع من اللّفظ معنى ثانياً من معنى اللّفظ على سبيل الاستدلال. وهذا ما يلحظ أيضاً في الكناية والاستعارة والتمثيل التي تقوم على ارتباط اللفظ بالمعنى ارتباطاً عُرفيّاً. وكثيراً ما تناول الأصوليون المسألة في إطار مناظرة الدلالة العرفية بالدلالة الوضعيّة وضبط مميزاتهما، وهو مجال بحثنا في الباب الثاني الذي

= والمناصب والحرب والقضاء. ويبدو أنّ ميزة القصد العقلي على حدّ تعبير سيرل (Searle) من أخطر الوظائف التي تتضمنها هذه المؤسسة، فهي شرط التفاعل الاجتماعي. ومن خلال القصد العقلي الجماعي تُبنى المفاهيم التي تؤثّر فينا، وتقام الأبنية المؤسسية للمجتمع. ويضطلع هذا القصد العقلي الجماعي المرتبط بأفعال الكلام بوظيفة تحويل الواقع المادّي الموضوعي الخارجي المتشكّل من وقائع عارية أو صريحة (brute facts) إلى عالم الواقع العقلي الذاتي الدّاخلي الذي يتشكّل من الوقائع الاجتماعيّة، ولاسيما المؤسّسية منها، وتنبني تلك الوظيفة من خلال فرض أوضاع اجتماعيّة ذات تشريف أو خزاية على العنصر الطبيعي أو الاجتماعي البسيط. وينتج عن ذلك أن يتم تنزيلها منزلة قيمية أخلاقيّة بناء على أحكام معيارية. ومن خلال تكرار تلك الوظيفة تتحول إلى جزء من خلفية فعل الكلام والقصد العقلي. وتشتمل تلك الخلفية على العرف الاجتماعي المرتبط بنماذج السلوك المعتمدة والمتفق عليها. وهكذا نجد في جزء مهمّ مما عالجه الأصوليون في العرف القولي مثل صيغ الأيمان والطلاق والبيوع وغيرها ما يعكس طبيعة المؤسّسات الاجتماعية وخلفياتها ومدى تكريسها لمعايير وقيم مستمدة من تلك الخلفية، فتكون جزءاً مهماً من تشكيل الواقع الاجتماعي ذاته. راجع: سيرل، جون. ر. (John R. Searle)، بناء الواقع الاجتماعي: من الطبيعة إلى الثقافة، ترجمة حسنة عبد السميع، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ط1، 2012م، ص17-18.

(1) لا تقتصر تلك الدلالة عند الجرجاني على اللفظ فحسب، بل النّظم أيضاً، راجع: الجرجاني، عبد القاهر، دلائل الإعجاز، تحقيق محمود محمد شاكر، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط5، 2004م، ص262.

سنخصّصه للعلاقة بين الخطاب والعرف في منظور الأصوليين الذين لم يكونوا بمعزل عن تطورات الجدل في الدّرس البلاغي والمنطقي في التراث الإسلامي.

خاتمة الفصل:

من الرّاجح أنّ مختلف الحدود والتعريفات، التي تتصل بمسألة العرف، تجد فيما بينها تقاطعاً جوهرياً في عدّة دلالات، من أهمّها وأبرزها اشتراك التعريفيْن اللّغوي والاصطلاحي في جملة من المعاني مثل النّظام والإنصاف والخير بأبعادها الأخلاقية، فضلاً عن الدّلالة النفسية التي لخصته بعض التعريفات اللغوية في معاني الطمأنينة والسكينة واشترطته بقية الاختصاصات المعرفية الأخرى لقيام كيان العرف. وعلى الرغم من توسع التراث الإسلامي في البحث عن دلالات مختلفة لهذا المصطلح باختلاف المجالات التي وظفت فيها (الدينية والكلامية والفقهية)، حاولت تلك التعريفات اختزال تلك الأبعاد في نظرة معيارية إسلامية كان الهدف منها البحث عن منهج للمواءمة بين النصّ الدّيني والعرف الاجتماعي تولّد عنه إقصاء كلّ الأعراف التي لم تكن تتفق مع مبادئ الدّين الجديد في مرحلة أولى، وقواعد الفقه والتشريع المجمع عليها في مرحلة ثانية. لكن بالتوسّع في مختلف التعريفات الفلسفية والاجتماعيّة واللّسانية الحديثة لمسنا الأبعاد المتعددة لهذه الظاهرة ومدى عمقها ونفاذها في حياة المجتمعات ماضياً وحاضراً على مرّ التّاريخ. وانطلاقاً من التحديد الفلسفي الشائع، الذي يرى في ماهيته وجوهره قيامه على معنى العادة بكل شروطها ومكوّناتها ومختلف خصائصها الملامسة للحياة الاجتماعيّة للإنسان، أدركنا أهمية منزلة العرف الجوهريّة في نشاط الإنسان الاجتماعي والاقتصادي، فجسّد علويته وسلطته الرّمزية والأخلاقيّة والاجتماعية في المجتمعات التقليدية على وجه الخصوص، وكانت له الأولوية في فرض النّظام وترتيب مصلحة الجماعة، ونظراً إلى قيام صلة أساسها مرجع التقليد الذي وفّر صبغة الاحترام والتبجيل والالتزام لتبلغ

أحياناً مستوى القداسة في تعامل المجتمعات القديمة معه، التبست علاقته بالدّين وغدت أمراً مشكلاً يقتضي البحث فيها وإبراز دور الجوهري في تكوين المنظومة الدّينية من جهة، وأثر تلك المنظومة في إعادة صياغة تلك العلاقة وفقاً للتحوّلات التاريخية التي عايشها الإنسان.

إنّ تعدّد الزّوايا التي كان ينظر من خلالها إلى العرف لم تكن حائلاً أمام استثمار جملة من المفاهيم المفاتيح التي تساعدنا على تفكيك الصلة التي جمعت بينه وبين الإسلام على صعيد النشأة التاريخية، وإبراز دوره المحوري في صياغة عدد من القواعد والأصول، غير أنّ قدرة العرف ذاته على التلاؤم مع الأوضاع المتغيرة وفقاً لما يختصّ به من مرونة مقابل ما تختص به المنظومة الدّينية من ميل إلى الثبات وعزوف عن التغيّر والتحوّل، في غالب الأحيان[1]، يطرح جوهر الإشكال الذي يتعيّن علينا دراسته منطلقين من النّظر في التاريخ وصولاً إلى كشف مسار تفكير الأصوليين منه مثلما تشكّل في مدوناتهم.



(1) تنظر الإناسة الدّينية إلى الدّين باعتباره ظاهرة ثقافية ميّالة في الغالب إلى الجمود والثبات، وهو ما كان يطرح دوماً مشكلاً دائماً في صلتها بالتغييرات الاجتماعية. راجع: باستيد، روجيه (Roger Bastide)، «الإناسة الدينية» (Anthropologie Religieuse)، دائرة المعارف الكونية (EncyclopÒdia Universalis)، المجلد الثاني، 1984م، ص274.

الفصل الثّالث

الإطار التاريخي لعلاقة العرف بالإسلام

مقدّمة:

غرضنا الأساسي من تخصيص فصل يُعنى بالعلاقة التاريخية الناشئة بين الإسلام معتقداً توحيدياً قائماً على الوحي الإلهي من ناحية، والعرف الذي ينهل من التجربة الجماعية للإنسان في تفاعله مع محيطه الطبيعي والثقافي من ناحية أخرى، هو تبيّن مختلف الأسس التي شكلت قواسم مشتركة بينهما انتهت إلى ترسيخ قواعد معيارية ثابتة بعد المرحلة التأسيسية لتكون الإطار النظري والتشريعي للجدل اللاحق في المدونات الأصولية، فالواضح أنّ تعامل الإسلام مع العرف في المرحلة المبكرة قد طبع مسار التفكير في المسألة، وأثّر في كيفية التعامل معها في التراث الفقهي الإسلامي. ولذلك قد نرى أنّ من المفيد جدّاً التعرض للصلة التاريخية التي جمعت بين الدّين التوحيدي والعرف الإنساني ذي الأبعاد المتعددة لنتوصّل عبرها إلى رصد إشكاليّة الالتقاء نشأة وتحولاً وامتداداً في المدونة الأصولية حتى ندرك أبعاد العلاقة ووجوهها وكيفية تشكّلها في المنظومة الدينية العميقة ودورها المؤثّر في المسار الثقافي للمجتمعات الإنسانية عامة، ومجتمعات الكتاب خاصة، والتجربة الإسلامية تحديداً، فكيف بدت مظاهر تلك العلاقة على الصعيد التاريخي؟

1- العرف والدّين:

إنّ صلة الدّين بالعرف قديمة ترتد إلى لحظة نشأة الدّين ذاته، فهي تشهد دوماً على وجود مظاهر من علاقات شائكة وملتبسة بيْنهما لسببين: الأول أنّ الديانات التوحيدية (الإبراهيمية) نشأت ككل الدّيانات القديمة في ظلّ مجتمعات تهيمن عليها أعراف قبلية وعشائرية كانت تمثّل سنداً اجتماعياً للعقائد الوثنيّة، والثاني أنّ تلك الديانات كان من ضمن أهدافها الواضحة محاربة البدع والعادات الشائنة المرتبطة بتلك الوثنية في عمقها والمتناقضة مع جوهرها في تعاليمها ومبادئها، والنّاظر في تاريخ تلك الديانات يدرك أنّه لم يكن غرض أي دين من محاربة تلك العادات التي كان يطلق عليها بدعة أو هرطقة الدفاع عن كيانه فحسب، بل كان دافعه الشعور بالحاجة إلى التجدّد والإصلاح كي يعيد تشكيل نفسه ويحتفظ بجوهره الخالص، وهو ما لاحظه مؤرخ الأديان فريدريك ماكس ميلر (Friedrich Max Muller 1900) في قوله: "إذا كان هناك شيء واحد تضعه الدراسات الدينية المقارنة تحت المجهر فهو الاضمحلال الحتمي الذي يتعرّض له كلّ دين، ففي الغالب قد يبدو بديهياً عدم قدرة أي دين على الاستمرار في الوجود مثلما كان عليه الأمر طول حياة مؤسّسيه ورسله الأوائل، بل نادراً ما يغيب عن الأذهان أنّه دون إصلاح متواصل وعودة مطردة إلى المنبع الرئيس له فإنّ أي دين، ولو كان أكثر الأديان مثالية وكمالاً، سوف يكابد ويعاني جرّاء تواصله مع العالم مثلما يكابد الهواء النقيّ بمجرّد تحوّله إلى عمليّة تنفّس»[1]. وبهذا المنطق شاع بداهة لدى المتديّنين أن علاقة الدين بالأعراف السابقة له علاقة صراع وصدام في غالب الأحيان، وهو ما نلمحه في قصص الأنبياء سواء من مصادر الكتب السماوية المقدّسة أم القصص الأسطورية التي تعج بها كتب

(1) Friedrich M.Muller, preface to " Chips from a German Wood shop" in: Thinking About Religion, A reader, ed. Ivan Strenski (Oxford: Blackwell Publishing, 2006), p.51.

التفاسير والأدب[1]. لكن من المجحف جدّاً الإقرار بأنّ تلك العلاقة كانت قائمة في الغالب على صراع مستمر وجدل عنيف في التاريخ،لأن الوجه الآخر منها يحتفظ بعلاقة قوامها التفاعل والتكامل وأساسها البناء والتواصل، ففي هذا المستوى لاحظ عدد من مؤرّخي الأديان المقارنة أنّه يتبوأ مكانة أساسيّة مهمّة في عقيدة التوحيد (Le monothéisme) المكونة لديانات الكتاب (Religions du livre) فهو المكون الثاني لها بعد الإيمان بعقيدة الخلاص/النّجاة[2]، وتعدّ ديانات العرف (Religions de la coutume) ظاهرة كونية منتشرة في أنحاء العالم كافةً تتغذّى من نسغها الشعبي معظم الدّيانات التبشيرية، بل لا يمكن تصور إمكانية تواصل وجود الديانات التوحيدية في الكون دونها[3]. وقد يكون أهم مثال مجسّد لصدى هذا التصور ما شهدته تجربة الديانات الموسوية إذْ كانت تستمد شرائعها ونواميسها من أعراف القبائل والأعراق التي انتشرت فيها، وتسعى، في الوقت ذاته، جاهدة إلى الانتشار عالمياً وإنْ كانت تنهل دوماً على الصعيد الجغرافي من اعتقادات وممارسات محليّة سابقة لها مثل الوثنية الرومانية وبقايا العادات الفرعونية[4]. وينطبق هذا أيضاً على ديانات وضعيّة مثل البوذية والهندوسية، التي كانت في أصل نشأتها ديانات عرقية، قبل أن تتحوّل إلى تبشيرية[5].

---

(1) راجع موقف أحمد فهمي أبو سنة من علاقة العرف بالدين في مقدمة كتابه: (العرف والعادة في رأي الفقهاء)، ص17.

(2) Edmond Ortigues, Religions du Livres,Religions de la Coutumes. p.12.

(3) Ibid. p.9.

(4) وهذا ما يقرّه شاخت حين رأى أنّ القانونيْن التلمودي والعبري المتأخّريْن يحتويان على مفاهيم القانون الرّوماني القديم وقواعده التي تسرّبت إليه عبر قناة البلاغة الشعبية الهلينستية. انظر:

Schacht(J), Introduction au droit Musulman, p.28.

(5) يبيّن أورتيغ أنّ الديانات التبشيرية تنشأ إما في إمبراطوريات وإمّا في فضاءات جغرافية منفتحة سلمياً على الرحلات، ويكون ذلك في زمن يستطيع فيه دعاة المذهب الجديد =

ويلخّص «أورتيغ» محاور الالتقاء في تصور الديانتيْن للوجود، ولاسيما صلة عالم الأحياء بالأموات التي تتأسّس على الاعتقاد بقداسة الأجداد والأسلاف والأصول وما خلّفوه من إرث[1]. وغالباً ما تُختزل العبادة في الدّيانات العرفية على التوجّه نحو هؤلاء والاستنجاد بهم من خلال تمثّلهم للأرواح الخفية في سعي إلى التوحّد بها من خلال الطقوس والشعائر وعبر تصور ما للزمن والمصير. ويرى الباحث ذاته أنّ فكرة الاعتقاد في السلف تجد سندها

= التخلص من الأواصر التي تشدهم إلى نسبهم. وعادة ما تكون تلك الديانات حاملة لغشاء من المعتقدات السابقة والعتيقة، وهو ما يقدّم الانطباع بأن الدّيانات العرفية تبدو وكأنّها الإبداع الأصلي والحقيقي للدّيانات التبشيرية. ولهذا إنّ ديانات التوحيد هي ديانات عرقية ولم تتحول إلى ديانات خلاص إلا مع الفترة الهلينيستية، وخصوصاً بعد السبي البابلي وتنصير أنطاكية. راجع: Ortigues, Religions du Livre, Religions de la Coutume, p.17.

(1) انتبه الغربيون إلى وجود صلة بين الدِّين (la religion) والدَّيْن (la dette) وفي مقدّمتهم نيتشه حين كان أول من أشار إلى فكرة الدَّيْن الذي يشعر به البدائيّون تجاه الأجداد المؤسّسين للأعراف والرّاعين لهم من وراء هذا العالم. ومن هنا يأتي ردّ الدَّيْن إليهم بتقديسهم وطاعة أعرافهم والتوجّه إليهم بالشّعائر والأضحية. وهذا الشّعور بالدَّيْن تجاه الألوهية ما زال يتعاظم عبر القرون والسّنين بالقدر نفسه الذي نمت به فكرة الله والشّعور بالألوهية على الأرض، ونجد التطابق والتداخل بين معنيَي العبارتين في لسان العرب وما ترتبط بهما من دلالات تحوم حول الألوهية والسياسة وتقديس السلف وأعرافهم، إذ يقول: «الديّان: من أسماء الله عزّ وجلّ، معناه: الحَكَمُ القَاضِي... القهّار... من دان النّاس أي قهرهم على الطّاعة... ودِنْتُ الرّجل: أقرضته فهو مَدِينٌ ومَدْيُونٌ... وقيل: الدَّيْنُ: المَصْدَرُ، وَالدِّينُ: الاسْمُ... والدِّين: الحساب. . والطّاعة... والعادة والشّأن... ودانه دَيْناً أي أذلّه واستعبده. وَدِنْتُهُ أُدِينُهُ دَيْناً: سُسْتُهُ، ودِنْتُهُ: مَلَكْتُهُ... ودَيَّنْتُهُ القوم: ولّيته سياستهم... ومنه سُمي المصر مدينة. والديّان: السّائس... والدِّين: ما يتديّن به الرّجل، والدِّين: السّلطان، والورع، والقهر». راجع:

Friedrich Nietzsche, Généalogie de la morale, Gallimard, Paris, 1975, p.127.

وابن منظور، لسان العرب، مادة: دين، ج13، ص167-170.

في صورة الزمن الدوري الذي يحوّل العرف ديناً واعتقاداً بما أنّه يتأسس على الوراثة فيكون مرادفاً لمعنى الحق في تصور معتنقيه. ويستدل على ذلك بمثال المثقف المسلم اليوم حين تسأله: لماذا تختن ولدك؟ فلا يجيبك إلا بكونه تقديساً لعادات الأجداد (سنّة نبوية)، وكذلك هو الشأن حين تسأل مسيحياً: لِم التعميد؟ فيجيبك حتماً بأنها عادة تتناقلها الأجيال لتؤسّس بها لإنسانية الكائن البشري، ويرى أورتيغ أيضاً أنّنا حين نراجع تقويمنا الطقوسي والشعائري سوف نجد أنبياءنا ورسلنا وشهداءنا والعذارى شاهدين على العلاقة التي تربط بين الله والبشر، وفي غياب هذه العلاقة لن يتسنى لنا الإعلان بأن الله حيّ لا يموت، ولا كونه رباً للبطريرك والرسل والأسلاف والمؤسّسين. وإذا ما رافقت عبادة الأسلاف خفية عبادة الله الواحد الأحد فإنّ الدين في صورته الأكثر دواماً وابتذالاً وشمولاً هو موحّد الأحياء والأموات في الجماعة ذاتها. ولهذا السبب إنّ أي دين هو تقليد وعرف وإرث متناقل بين الأجيال، والشعور الذي نحمله عن أنفسنا يظلّ مرتبطاً بشكل نرجسي بأرض أجدادنا وألسنتهم، وعبادتنا تتطلع إلى أولئك الذين ننحدر منهم. والأرباب مهما كانوا، هم مرتبطون دوماً بشكل أو بآخر بالفضاء السلفي للعرف (la sphère ancestrale de la coutume) وفقاً للمثل اللاتيني القديم القائل: «الناس على دين ملوكهم» (cujus regio, illius religio). ومع ذلك فإنهما يختلفان في أنّ عقيدة الأجداد غير قابلة للتصدير في الأديان العرفية عكس الديانات التبشيرية والكتابية التي تسعى إلى الامتداد خارج الإطار الذي ولدت فيه بما أنّها تسبغ على عقيدة الخلاص/النّجاة بعداً كونياً شاملاً للإنسانية[1].

قد يساعدنا هذا الإطار النّظري المستخلص من علم الأديان المقارنة وفلسفتها على ضبط أهم خصائص العلاقة بين الدّين والعرف، ومنها ضبط

---

(1) Ortigues, Religions du Livre, Religions de la Coutume, p.17.

تلك العلاقة التاريخية التي نشأت في القرن السابع الميلادي بين الإسلام والأعراف على تعددها وتنوّعها وكيفية نشأة عقل تأويلي ينزع نحو تأسيس منطق ينتظم تلك العلاقة، ويختزلها ضمن مبادئ عامة وقواعد تطبيقية سيكون لها الأثر في فهم عمل الأصوليين لهذه المسألة على الصعيدين: النّظري الدّيني والعملي الاجتماعي.

2- العرف الجاهلي ونشأة شرائع الإسلام:

من المفيد الإشارة هنا إلى أنّ هذا المبحث كان مشغلاً من مشاغل الدراسات الغربية الفيلولوجية التي بحثت في جذور الإسلام وكيفية نشأته انطلاقاً من الظنّ في دور متعاظم للأصول الأجنبية ودورها في بناء المنظومة الفقهية في التشريع الإسلامي، وهي ظنون وآراء ظلت تفتقر إلى الكثير من المعطيات الدّقيقة والأدلة التاريخية الملموسة باعتبار صدورها عن عقل استشراقي كلاسيكي كان لا يزال يعتقد أن المنطقة العربية قبل الإسلام وأثناءه معدمة ثقافيّاً، وإلى افتقاد العرب ثقافةَ القانون والاجتماع، وأنّ الفضل في نمو تلك الثقافة يعود إلى تعويلهم على مصادر أخرى ومن خلال استيعاب الأدوات الثقافية للمناطق المفتوحة، ولاسيما البيزنطية الرومانية والفارسية الساسانية[1]. ومن ثمّ شاع لدى هؤلاء الدارسين والمتأثرين بهم أنّ تشريع المسلمين منذ بداياته ليس إلا شكلاً من أشكال استنساخ تشريعات المناطق المجاورة للجزيرة العربيّة دون أن يكون لهم دور بارز في بناء منظومتهم التشريعية الخالصة، غير أنّ هذه الرؤية كشفت عن محدوديتها وقصورها من خلال مراجعة حذرة ودقيقة لعدد من المعطيات التاريخية الحافّة بنشأة الإسلام، وأهمّها طبيعة النّظام الاجتماعي القائم على القرابة في غير فصل عمّا هو سياسي، فخصوصية ذلك النّظام قبل الإسلام كان من أهمّ الدّوافع لوجود نظام قبلي بديل لظهور الدّولة وسيادة السلطة المركزية. ومن

(1) حلاق، نشأة الفقه الإسلامي وتطوّره، ص25.

هنا يمكن فهم دور الأعراف المترتبة عليها وسيادة سلطانها طول تلك الفترة والمصاعب التي واجهت كلّ المحاولات السّاعية إلى تغييرها أو محوها أو تهميشها[1]. على أنّ الظرفية التّاريخية للفترة الممهدة لظهور الإسلام كانت باعثاً مهمّاً على شيوع عدد غير قليل من الأعراف المنظمة للحياة الاجتماعية داخل القبائل والعشائر والبطون. ويتجلّى ذلك في أن المنطقة التي تضمّ مكة ويثرب والطائف قد عرفت تاريخاً طويلاً من الاستقرار، وكانت جزءاً من الإرث الثقافي المهيمن في الشرق الأدنى منذ عهد السومريين، إذ اعتمدت تلك المدن على المؤسسات والأشكال الثقافية نفسها التي أقامتها الممالك في الجنوب والشمال[2]. وهذا ما وفّر حاضنة ملائمة لنشأة الإسلام ونموّه باعتباره ظاهرة دينية ذات أبعاد تشريعية[3].

---

(1) نذكر في هذا السيّاق فشل دولتيْ: الغساسنة بالغرب واللخميين بالشرق في الحلول محلّ سيادة القبائل على نفسها، فضلاً عن ضعف الممالك الجنوبية في اليمن، وهو ما فسح المجال لسيادة البداوة والنّظام القبلي في الحجاز. راجع: السيّد، رضوان، الأمّة والجماعة والسلطة: دراسات في الفكر السياسي العربي، دار اقرأ، بيروت، ط2، 1987م، ص21-25.

(2) يشير الكثير من المؤرّخين والدّارسين إلى أنّ مكة استغلت الصراع الذي عاشته المنطقة بين البيزنطيين والفرس، وقد آل في النّهاية إلى ضعف سيطرتهما، وهو ما مكّن القبائل من حريّة نسبية أدّت إلى ازدهار مكّنها من إعادة ترتيب أوضاعها وخلق كياناتها الذّاتية، فسارع أهل مكة من القبائل الحضرية إلى السيطرة على الطريق التجارية الرابطة بين اليمن والشام من خلال تأمينه عبر مقايضة القبائل البدوية بالسلع والحاجيات، فنشأ «نظام الإيلاف» تدريجياً، وهو ما سوف ينجرّ عنه فرض نظام اقتصادي واجتماعي يعتمد على أعراف محليّة وأجنبية بفعل الاحتكاك مع القبائل والشعوب الأخرى. وقد رافق ذلك صعود تيارات ثقافية ولهجات متقاربة تتخطى القبائل، مثل حركات التوحيد الديني داخل النّظام الوثني العربي: عِباد الرحمن المتأثرين باليهودية في الجنوب، والحنفاء المتأثرين بالنصرانية في الشمال، وشيئاً فشيئاً صارت مكّة مركزاً مشعاً ومحور الاستقطاب التجاري والثقافي والدّيني. راجع: السيّد، رضوان، الأمّة والجماعة والسلطة، ص24.

(3) حلاق، نشأة الفقه الإسلامي وتطوره، ص30.

وبناءً على ما أسلفنا، يمكن لنا أن نضع إطاراً منهجياً يفسّر لنا تلك العلاقة المخصوصة التي قامت بين الدّين في نصوصه التأسيسية الأولى والأعراف المهيمنة على واقع العرب في الجزيرة العربية زمن الدعوة المحمدية، آخذين في الاعتبار عوامل رئيسة ثلاثة تفسّر العلاقة ألا وهي: القرابة باعتبارها أساً للنّظام الاجتماعي ومولّدة لمؤسساته مثل القبيلة والعشيرة من جهة، وغياب السلطة المركزية المتولّد بدوره عنها من جهة ثانية، وطابع الثقافة والاعتقاد ووسائطهما من جهة ثالثة[1].

وعلى الرغم من تضافر تلك العوامل وتداخلها وتفاعلها فيما بينها، يهمّنا أن نتعرّض إلى أهم المظاهر التي كانت تعكسها وتجسّدها على أرض الواقع التّاريخي، ويمكن إجمالها فيما يأتي:

- **طبيعة العيش ونمط الثقافة السّائديْن**: فإضافة إلى العوامل الطبيعية والمناخية وتقديس روابط النسب[2]، وتأخر الحياة الاقتصادية، وطابعها الرعوي البدائي[3]، نجد أنشطة اجتماعية وتجارية يتداخل فيها النمطان

---

(1) من المسائل التي تشغل بال تاريخ الأديان اليوم البحث عن العلاقة التي تربط بشكل وثيق بين الدّين في حدّ ذاته والأشكال المؤسساتية والطقوسية للتقليد والوراثة، وهو المدخل العام لدراسة علاقة الدّيانات التوحيدية بالأعراف والعادات الاجتماعية التي نشأت في ظلّها. راجع: Ortigues (E), Ibid, p.7

(2) مبدأ تقديس النّسب هو أساس قيام القبيلة والعشيرة، وهو مظهر من مظاهر التفكير الطوطمي الذي عاشته الإنسانية وبمقتضاه تنسب الجماعة نفسها إلى جدّ وهمي (سلف) يكون مرجعاً لهم في سلوكهم واعتقاداتهم، ويغذي المنتسبين بشعور الانتماء إليه، وعادة ما يكون النسب وهمياً مثلما عبّر عن ذلك ابن خلدون بقوله: «إذ النّسب أمر وهميّ لا حقيقة له، ونفعه إنّما هو في هذه الوصلة والالتحام». المقدّمة، ص102-103.

(3) يبدو أنّ طابع الحياة الجاهلية في وسط الجزيرة، عشية ظهور الدعوة، كان يطغى عليه الشكل الرعوي باستثناء بعض الحواضر الغربية مثل مكة والمدينة اللتيْن شهدتا بعضاً من النشاط التجاري والزراعي، فيما كانت المجاعة عنواناً أبرز للحياة عامة، إضافة إلى اتساع الفضاء الجغرافي وطغيان الأخطار الأخرى مثل العنف المستفحل =

البدوي والحضري، وهو ما يجعلنا نميل إلى الاعتقاد بأنّ البنية الأنثروبولوجية في تلك الرقعة (مكة، المدينة، الطائف) كانت معقدة[1].

- **هيمنة نظام التحكيم** (L'arbitrage) باعتباره نظاماً عرفياً قبلياً يمثّل جوهر التشريع وبديل القضاء، ولهذا النّظام صلة متينة بنظام اجتماعي قبلي قائم على مبدأ تقديس النسب عند القبائل والعشائر، وما يقتضيه ذلك من حدود تنتظم بها علاقات القرابة، وخصوصاً أنّ للعرب تقاليد في المصاهرة تقوم على الزواج الخارجي (L'exogamie) الذي يمنح القبائل إمكانية التعايش السلمي من خلال التحالف الاجتماعي بوساطة هذا الشكل في المصاهرة فيما بينها[2]، فيكون فض نزاعاتها حينها سلمياً من خلال مبدأ التحكيم، أي الوساطة، دون اللجوء إلى أحكام مسبقة مدوّنة ومثبتة وصارمة

= بين القبائل وأخطار الحيوانات المتوحشة. راجع: جعيط، هشام، تاريخية الدّعوة المحمّديّة في مكّة، دار الطليعة، بيروت، ط1، 2007م، ص44-46.

(1) أشار وائل حلّاق إلى أنّ هيمنة البداوة على القبائل العربية لم يكن حائلاً أمام تعاملهم مع أعراف حضرية متداولة في الشرق الأدنى منذ قرون خصوصاً المعاهدات وعقود المعاملات المالية التي كانت متوارثة عن بقايا الثقافات القديمة الآشورية والبابلية واليمنية. راجع حلاق: «نشأة الفقه الإسلامي وتطوره»، ص44، وعلي، جوّاد: «المفصّل في تاريخ العرب قبل الإسلام»، جامعة بغداد، ط2، 1993م، ص475-476، وجعيط: «تاريخية الدعوة المحمدية في مكة»، ص44-45.

(2) راجع ما كتبه جعيط حول هذه المسألة ردّاً على المستشرقين الذين كانوا يرون أنّ التصاهر في المجتمع العربي القديم يقوم على مفهوم الزواج الدّاخلي(Endogamie) أي داخل المجموعة الواحدة و هو خطأ فادح لأنهم يقصدون بذلك القبيلة وهي ليست قائمة على الرابطة الدموية فحسب بل على روابط رمزية، وهي في النهاية جماع الروابط بين العشائر المكونة لها، وأنّ الزواج بابنة العم لم يكن في الواقع محبّذاً لدى العرب، ومن ثمّ فإنّ الزواج السائد كان يقع من خارج الوحدة المرتبطة بصفة عضوية بالمحارم أي الأسرة و السلالة والعشيرة، وفي قريش نجد أنّ عدداً كبيراً من الزيجات كان يتم خارج القبيلة و من قبائل أخرى. راجع: جعيط، هشام: (م.ن)، ص63.

أحياناً[1]. ومنها ما هو متّصل بغياب السلطة المركزية التي تنهض عادة من خلال حضورها بوظيفة فضّ النزاعات عبر مؤسسة القضاء[2]. وتعلّل المصادر التاريخية هذا الغياب بتناحر القبائل العربية دوماً على الرئاسة ودور العصبية القبلية التي كانت تمنعهم من التوحّد ضمن دولة جامعة[3]. ولذلك كان الاعتماد على مبدأ الوساطة من خلال التفاوض بين العشائر أو القبائل أو المجموعات الحل الوحيد لفضّ كل النّزاعات في المقام الأول يليها اللّجوء إلى «الحَكَم» في حال عدم التوصل إلى حسم ذاك النّزاع، ويكون هذا الحَكم في العادة رجلاً يحظى بالاحترام من قبل جميع الأطراف ومتفقاً عليه قبل عرض النزاع، وقد يكون سيّد القبيلة أو شخصاً آخر مثل الكاهن الذي يُعتقد في سلطته الخارقة واتصاله بعالم الغيب مثلما ذهب إلى ذلك شاخت[4].

---

(1) من المعلوم أن ك. ليفي ستروس يفسّر ظهور الزواج الخارجي بعوامل اجتماعية، ومنها مبدأ التبادليّة، إذ يرى أنّ التبادل الزيجي (l'échange matrimonial) له تكلفة فردية حين يسمح كلّ فرد بالتخلّي عن زوجة ممكنة من قريباته حتى يحصل على فائدة جماعيّة، فدون هذه المبادلات قد تعيش فئة أو مجموعة منطوية على نفسها، و يؤدي ذلك إلى ازدياد وتيرة العلاقات العدائية بين الجماعات، فحينما تفتقد إحدى هذه المجموعات النساء يصبح اللجوء إلى الحرب حلاً حتمياً لسبيهن حتى يستمرّ التناسل، ولتحاشي ذلك يظل التبادل الزيجي والزواج من خارج العشيرة أو السلالة أو الأسرة الحل المطلوب لوضع حدّ للحرب واستمرار سلمية الحياة بين المجموعات، راجع:

Norbert Rouland: Anthropologie Juridique, p.202-209.

Claude Levi- Strauss. Les structures élémentaires de la parenté. Paris, Mouton, 1967, pp.5-29.

(2) Joseph Schacht, Introduction au droit Musulman, p.18.

(3) يفسرّ معظم المؤرّخين القدامى دوافع التناحر بين العدنانيين والقحطانيين وكثرة أيامهم بهذه العوامل. راجع: علي، جواد، المفصّل، ج5، ص348-349.

(4) اختلف عدد من الباحثين في تحديد هوية الحَكم، فمنهم من رأى أنّه مجرّد شخصية يختارها النّاس لصدقها وهيبتها ولكفاءتها وسنها (عادة ما يكون شيخاً) وقدرتها على الخطابة والبلاغة (راوٍ أو شاعر) فضلاً عن درايتها ومعرفتها بأخبار السابقين، وهو =

وتقتضي تراتيب التحكيم الاتفاق أولاً على شخصية الحكم أو المحكّم وموضوع النّزاع، ثم تقديم كفالة أو رهينة تكون ضماناً للحكم على النّزاع، وإذا ما كان الحكم نهائياً فلا يعني ذلك تطبيقه آلياً، بل يعني إعلاناً لحكم العدل والمساواة، فيغدو إثرها ذلك الحكم مرجعاً لفض نزاعات أخرى متشابهة مع طبيعة النّزاع الذي وقع الحكم فيه من طرف ذاك المحكّم، ومن

= رأي تيان (Tyan)، وهناك من يرى أنّ هذه الوظيفة تنحصر عادة في الكهان أو الرهبان الذين يُعتقد بقدرتهم على التواصل مع الغيب وإتيان الخوارق وهو ما يمنحه سلطة معنوية وتبجيلاً أكبر يكونان ضماناً لتنفيذ الحكم، وهو رأي شاخت وميو (Millot)، لمراجعة جميع هذه المواقف انظر:

Mathieu Tiller, Les Cadis d'Iraq et l'Etat Abbasside, Damas, Institut français de Proche-Orient, 2009, pp.64-65.

ويرى ابن خلدون أنّ هذه المهمّة كان يقوم بها الكهّان لاعتقاد الجاهليين في معرفتهم للحق بحكم اطّلاعهم على الغيب، ولذلك تقترن كثيراً وظيفة الحكم بوظيفة العريف، أي من يعرف الحق والغيب. راجع: المقدّمة، ص86.

وتذكر أيام العرب الكثير من الأخبار المتعلقة بالتحكيم في فض النزاعات والخلافات بين القبائل أو العشائر أو الأفراد، ومنها لجوء عبد المطلب بن هاشم وحرب بن أمية إلى النجاشي الحبشي للتحكيم بينهما وهو الذي كلّف بدوره نفيل بن عبد العزّى بن رياح لفض نزاعهما. راجع: الطبري، تاريخ الأمم والملوك، دار الكتب العلمية، بيروت، 1980م، ج1، ص505. ومن أشهر حكماء العرب، كما تروي المصادر التاريخية، عامر بن الظّرب العدواني الذي غدت أحكامه سنّة متبعة عند عدد من قبائل العرب، راجع: علي، جواد، المفصّل، ج5، ص326. وإذا ما توسعنا أكثر فإنّ التحكيم متصل بأحد التقاليد في الشعر الجاهلي ألا وهي المنافرات والمفاخرات، وتتلخص في تنافس شاعرين من قبيلتين أو عشيرتيْن متنازعتيْن لفضّ خلاف بينهما بدل الحرب والقتال، وعادة ما يلجأ فيها إلى حَكَم للفصل بينهما. وهو ما نجد صداه في كتاب (النقائض) لأبي عبيدة. ومن أشهر تلك المنافرات القبلية منافرة قريش وخزاعة، ومنافرة عامر بن الطفيل مع علقمة بن علاثة، وبني هلال وبني فزارة، راجع: علي، جواد، المفصّل، ج5، ص498. وكذلك: المزروعي، فاطمة، المنافرات في أدب ما قبل الإسلام، هيئة أبو ظبي للثقافة والتراث، أبو ظبي، ط1، 2009م.

ثمّ تتأسس الأعراف بناء على هذا التقليد العرفي القائم على مبدأ التحكيم، على أن يظلّ التنفيذ رهين الضمان أو الكفالة التي تقدّم إلى المحكّم[1].

- **تعدد مصادر التشريع** بحكم استنادها إلى التحكيم آلية قضائية وشفوية متنوّعة الرّوافد، ويسند هذا التنوّع تعدد القبائل والطوائف الدّينية (يهود، نصارى، مجوس...)، وانفتاح المجال الجغرافي والثقافي على الآخر في غياب التدوين والضبط الذي تمارسه عادة سلطة مركزية.

إنّ توافر هذه المعطيات من شأنه أن يساعدنا تدريجياً على فهم الطريقة التي توختها الدعوة الإسلامية المبكرة في التعامل مع الموروث العرفي السابق عليها، وكيفية عمل النصّ القرآني على انتقاء الأعراف التي تستجيب لأهداف العقيدة الجديدة واعتمادها من تلك التي تتعارض معها ومع أهدافها البعيدة القاضية بضرورة تغيير الولاء تدريجياً من القبيلة إلى الأمّة ومن الإيمان بآلهة قبلية متعددة إلى الإيمان بإله العالمين الواحد، ومن تقديس أعراف الأسلاف إلى الخضوع لتعاليم القرآن الأخلاقية ذات المنزع الكوني المطلق.

ومن هذا المنطلق يحسن أن ننطلق من النّص التأسيسي الأول لرصد كيفية تعامل الإسلام تاريخياً مع الأعراف التي رافقته في نشأته وتطوره، واستخلاص الأبعاد الكبرى من وراء هذا التعامل الذي تراوح بين القبول والرّفض ومبررات ذلك.

---

(1) عادة ما تكون عملية التحكيم معقّدة، إذ أشار شلحد في دراسته المذكورة سابقاً أنّه في حالة عدم الاتفاق على المحكّم يلجأ الطرفان إلى اختيار كل منهما محكمه وعادة ما يختار الطرفان أكثر من واحد، ثم يقع اللّجوء إلى عملية «الحذف والإلغاء»، وهي تقوم على الطعن في كلّ محكّم يشكّ الخصم في مصداقيته ليحتكم في النهاية إلى المتبقي الأخير. أمّا التنفيذ فهو رهين تعيين الكفلاء أو الضامنين الذين يتعهدون بقبول الحكم والسهر على حسن تطبيقه والالتزام به، لتظلّ في النهاية أساليب أخرى من قبيل التعاطف مع المظلوم ونصرته من قبل الأشراف وشيوخ القبيلة والعشيرة من الطرق التي تضمن حقوق الضعفاء. راجع: Joseph Chelhod Ibid. 31

2-1- القرآن والعرف:

لئن كان الشائع لدى علماء الإسلام أنّ الصلة بين القرآن والعرف قد ظهرت بجلاء منذ الآية (199) من سورة الأعراف، حين نصّت بوضوح على الأمر بالعرف[1]، وأضفوا على تفسيرها دلالات أخلاقية أفرغتها من أيّ محتوى تشريعي للحفاظ على الطابع الإسلامي المقدّس لآيات الأحكام وإلغاء جذورها القديمة سواء كانت جاهلية أم أجنبيّة، فإنّ الجذور التاريخية لتلك العلاقة كانت قد بدأت تتشكل فعلاً منذ نهاية السنة الخامسة للهجرة (بداية سنة 626م) حين عرفت تجربة الرّسول تطوّراً جديداً في ميلها الواضح نحو التشريع والإعلان عن إمكانية امتلاك المسلمين لشريعة تخصهم على منوال شريعة اليهود. وهذا ما توضّحه سورة المائدة في ذلك السياق التاريخي، إذ قدّمت جملة من الأوامر والنّواهي الصريحة والواضحة المتصلة بمسائل متنوعة مثل العقود وأكل لحم الخنزير والسرقة وجناية القتل، مثلما أحالت بعض آياتها إلى شرائع اليهود والنصارى، وخصوصاً في الآيات (43) و(44) و(47)[2]، فيما وردت الآية الثامنة والأربعين (48) لتعلن أنّ الله قد خصّ المسلمين أيضاً بشريعتهم، وهي نقطة تحوّل مهمّة في مسألة التشريع القرآني وعلاقته بالشرائع التوحيدية السابقة[3].

---

(1) ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ﴾ [الأعراف: 199].

(2) ﴿وَكَيْفَ يُحَكِّمُونَكَ وَعِندَهُمُ ٱلتَّوْرَىٰةُ فِيهَا حُكْمُ ٱللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِنۢ بَعْدِ ذَٰلِكَ ۚ وَمَآ أُو۟لَٰٓئِكَ بِٱلْمُؤْمِنِينَ ﴿43﴾ إِنَّآ أَنزَلْنَا ٱلتَّوْرَىٰةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ ۚ يَحْكُمُ بِهَا ٱلنَّبِيُّونَ ٱلَّذِينَ أَسْلَمُوا۟ لِلَّذِينَ هَادُوا۟ وَٱلرَّبَّٰنِيُّونَ وَٱلْأَحْبَارُ بِمَا ٱسْتُحْفِظُوا۟ مِن كِتَٰبِ ٱللَّهِ وَكَانُوا۟ عَلَيْهِ شُهَدَآءَ ۚ فَلَا تَخْشَوُا۟ ٱلنَّاسَ وَٱخْشَوْنِ وَلَا تَشْتَرُوا۟ بِـَٔايَٰتِى ثَمَنًا قَلِيلًا ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَٰفِرُونَ﴾ [المائدة: 43-44]. ﴿وَلْيَحْكُمْ أَهْلُ ٱلْإِنجِيلِ بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فِيهِ ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ [المائدة: 47].

(3) ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَٰبِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ ۖ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ عَمَّا جَآءَكَ مِنَ ٱلْحَقِّ ۚ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ۚ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَٰحِدَةً وَلَٰكِن لِّيَبْلُوَكُمْ فِى مَآ ءَاتَىٰكُمْ ۖ فَٱسْتَبِقُوا۟ ٱلْخَيْرَٰتِ ۚ إِلَى ٱللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾ [المائدة: 48].

إنّ الوصف الذي قدّمته الآية الأخيرة للوحي المنزّل بكونه منهاجاً مع ما تعنيه عبارة منهاج العبرية (المشنا)، التي يتضمنها التلمود اليهودي من دلالات حافّة بسياق تاريخي حول تأثير التشريعات العبرية في الحجاز[1]، قد يوحي بميل الخطاب القرآني صراحةً نحو الإيذان بتدشين شريعة خاصّة بالمسلمين مستقلّة عن شرائع السابقين وموازية لها ومختلفة عنها ومهيمنة عليها في آن، إلا أنّ هذا الميل لم يكن من أهدافه قطع الصلة بالموروث الجاهلي الذي يجسّد التحكيم أحد أكبر آليات تشريعه العرفي. ويبدو مهمّاً هنا تأكيد ملاحظتين مهمّتين في العلاقة بين القرآن والموروث العرفي الجاهلي:

- أنّ القرآن لم يعارض مبدأ التحكيم العرفي ولا تحمُّلَ الرسول لوظيفة الحَكم التي أسندتها القبائل إليه بعد صحيفة المدينة، فقد مارس الرّسول هذه الوظيفة وفقاً لما تذكره المصادر التاريخية سواء قبل البعثة[2] أم أثناءها، ولاسيما حين تولّى الحكم في الخصومات التي كانت تحدث بين المسلمين أنفسهم، أو بينهم وبين اليهود، كما تشهد عليه بعض الآيات القرآنية[3]

---

(1) يرى وائل حلاق أنّ من غير المنطقي الاعتراف بتأثير اليهودية والمسيحية في الإسلام عقائدياً، وإنكار تأثير «المنهاج» اليهودي الذي اختمر بين مكة والمدينة. حلاق، نشأة الفقه الإسلامي وتطوّره، ص48.

(2) تذكر بعض المصادر حادثة تحكيم الرّسول في مكة زمن الجاهلية في خلاف بين بطنيْن من قريش حول موضع صنم بالكعبة، إذ كانت مكانة الرّسول الأخلاقية عندهم كفيلة بتحكيمه في ذاك النّزاع، وخصوصاً أنّه كان ملقّباً عندهم بالأمين. راجع: ابن كثير (ت 774هـ/ 1373م)، السيرة النبوية، تحقيق مصطفى عبد الواحد، دار المعرفة، بيروت، 1971م، ج1، ص281.

(3) ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى ٱلَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ ءَامَنُوا۟ بِمَآ أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَآ أُنزِلَ مِن قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَن يَتَحَاكَمُوٓا۟ إِلَى ٱلطَّـٰغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوٓا۟ أَن يَكْفُرُوا۟ بِهِۦ وَيُرِيدُ ٱلشَّيْطَـٰنُ أَن يُضِلَّهُمْ ضَلَـٰلًۢا بَعِيدًا﴾ [النِّسَاء: 60]، و﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا﴾ [النِّسَاء: 65].

المدعومة بالرّوايات التاريخية[1]. وبغض النّظر عن تفاصيل تلك الرّوايات والأحداث التي اقترنت بنزول هذه الآيات بإقرارها لتواصل الممارسة العرفية المتعلّقة بعملية فضّ النزاعات والحسم فيها، فإنه غنيّ عن البيان القول إنّ القرآن الذي لم يكن رافضاً لتواصل ظاهرة «التحكيم» بما هي وسيلة لحل المنازعات سوف يتبنّى طبيعياً جزءاً من الأعراف «الجاهلية» التي أنتجتها في الواقع تلك الآلية «القضائية» دون أن يعني ذلك استنساخاً للتجربة السابقة بشكل كامل ومتطابق معها، ذلك أنّ الآيتيْن السابقتيْن تدينان الطابع «الجاهلي» المتناقض مع مبادئ الدّين الجديد الأخلاقية، ومنها قبول الرّشوة في التحكيم، وهو أحد العوامل المباشرة في تنديد القرآن بالتحكيم على صورته الجاهليّة، ونعته بصفة «الطّاغوت». فالنيسابوري مثلاً يذكر في إحدى الرّوايات التي تعلل سبب نزول تلك الآيات أنّ انعدام التوازن بين القوى

---

(1) وتذكر بعض الرّوايات التاريخية المتصلة بأسباب النّزول أنّ الآية 60 من سورة النّساء نزلت في بعض من المسلمين في يثرب كانوا يتحاكمون إلى أحد كهّان اليهود، وهو أبو بردة الأسلمي، فنزلت الآية فيهم. وتروي رواية أخرى أنّ بعض دعاة الإسلام وهم: الجلاس بن الصامت، ومعتب بن قشير، ورافع بن زيد، وبشر، نصحوا رجالاً من قومهم بالتحاكم إلى كاهن يهودي. أما الآية 65 من السورة نفسها فقد نزلت في حادثة اختصام بين منافق ويهودي آل إلى التحاكم إلى كاهن جهينة يقال له كعب بن الأشرف. وتضيف رواية أخرى أنّ اليهودي مال إلى تحكيم الرّسول باعتبار قيمته الرّمزية والأخلاقية وما شاع عنه من عدم أخذ الرشوة مثلما كان سائداً لدى بعض الكهّان اليهود، فحكم بإنصافه فلم يرضَ ذلك المنافق، ولجأا من جديد إلى عمر بن الخطّاب الذي أقرّ حكم الرّسول، وضرب المنافق بسيفه، ومنها اشتهر بتسمية الفاروق عند المسلمين منذ تلك الحادثة. وتروي رواية أخرى أنّها نزلت في خصومة بيْن الزبير بن العوّام ورجل من الأنصار يدعى حاطب بن أبي بلتعة حول شراج الحرّة التي يسقيان بها النخل. راجع: السيوطي، لباب النقول في أسباب النّزول، دار إحياء العلوم، بيروت، ج1، ص64. وأيضاً: النيسابوري (ت 468هـ/1076م)، أسباب نزول القرآن، تحقيق عصام بن عبد المحسن الحميدان، دار الإصلاح، الدّمام، ط2، 1992م، ج1، ص163-164.

القبلية من شأنه أن يفضي إلى أحكام غير عادلة فضلاً عن تواتر ظاهرة رشوة المحكّم وهم في الغالب من كهّان اليهود[1]. وهو ما كرّس المزيد من الظلم وضاعف الاحتقان وزاد من وتيرة العنف، وتلك مظاهر كان الدّين الجديد يسعى إلى الحدّ منها، ومن هنا نفهم كيف استنكر القرآن تحكيم الجاهليين في الآية (50) من سورة المائدة[2].

- إنّ تراوح علاقة القرآن بالعرف الجاهلي بين التواصل والقطيعة يعود أساساً إلى تصوّر قرآني توحيدي جديد حاول إرساءه، محوره مفهوم التكليف بما يعنيه من تحمّل الإنسان لمسؤولية أعماله دنيوياً وأخروياً، وتلك هي الإضافة التي جاء بها الوحي القرآني باعتباره ديناً تبشيرياً غايته المطلقة

(1) يروي النيسابوري سبباً من أسباب نزول الآية 60 التي يندد فيها القرآن بالتحكيم الجاهلي كما يأتي: «وقال السدي: كان ناس من اليهود أسلموا ونافق بعضهم، وكانت قريظة والنضير في الجاهلية إذا قتل رجل من بني قريظة رجلاً من بني النضير قتل به وأخذ ديته مائة وسق من تمر، وإذا قتل رجل من بني النضير رجلاً من قريظة لم يقتل به، وأعطي ديته ستين وسقاً من تمر. وكانت النضير حلفاء الأوس، وكانوا أكبر وأشرف من قريظة وهم حلفاء الخزرج، فقتل رجل من النضير رجلاً من قريظة، واختصموا في ذلك، فقالت بنو النضير: إنا وأنتم كنا اصطلحنا في الجاهلية على أن نقتل منكم ولا تقتلوا منا، وعلى أن ديتكم ستون وسقاً -والوسق ستون صاعاً- وديتنا مائة وسق فنحن نعطيكم ذلك، فقالت الخزرج: هذا شيء كنتم فعلتموه في الجاهلية لأنكم كثرتم وقللنا فقهرتمونا، ونحن وأنتم اليوم إخوة وديننا ودينكم واحد، وليس لكم علينا فضل؛ فقال المنافقون: انطلقوا إلى أبي بردة الكاهن الأسلمي. وقال المسلمون: لا بل إلى النبي ﷺ فأبى المنافقون وانطلقوا إلى أبي بردة ليحكم بينهم، فقال: أعظموا اللقمة؛ يعني الرشوة، فقالوا: لك عشرة أوسق، قال: لا، بل مائة وسق ديتي، فإني أخاف إن نفرت النضيري قتلتني قريظة، وإن نفرت القريظي قتلتني النضير، فأبوا أن يعطوه فوق عشر أوسق وأبى أن يحكم بينهم، فأنزل الله تعالى هذه الآية». النيسابوري، أسباب نزول القرآن، ج1، ص164-165.

(2) ﴿أَفَحُكْمَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ يَبْغُونَ﴾ [المَائدة: 50].

النجاة، فخلافاً للثقافة الجاهلية التي كان فيها تقديس الآلهة نتاجاً طبيعياً وانعكاساً عقائدياً لاحترام النّظام الاجتماعي القبلي والعشائري والانضباط له أكثر من كونه اعتقاداً في النجاة الأخروية. والواقع أنّ احترام هذا النّظام الاجتماعي قائم على ضرورة التزام الفرد وواجبه نحو المجموعة، وهو تكريس لقانون التبادلية القائم بيْن الطرفين، والتزام الفرد باحترام نواميس الجماعة وأعرافها يقابله تعهد بحمايته والتضامن معه، دون أن نغفل ضرورة احترامه للروابط الدموية التي تعدّ أكثر العوامل المحرّكة لهذا الالتزام[1]، وتلك هي العوامل التي سعى القرآن إلى التقليص من سطوتها والحد من قيمتها باستبدال رابطة أخرى بها هي الأخوة الدّينية المتواترة في القرآن[2]، وقد يكون هذا مظهراً من مظاهر الخروج من العرفيّة إلى الكونيّة.

---

(1) فسّر ابن خلدون هذه الروابط التي تترتب عليها العصبية، معتبراً أن النسب هو المولّد لذلك في قوله: «ولا يصدق دفاعهم وذيادهم إلّا إذا كانوا عصبيّة وأهل نسب واحد، لأنّهم بذلك تشتدّ شوكتهم ويخشى جانبهم، إذ نعرة كلّ أحد على نسبه وعصبيته أهمّ وما جعل الله في قلوب عباده من الشفقة والنُّعرة على ذوي أرحامهم وقربائهم موجودة في الطبائع البشرية، وبها يكون التعاضد والتّناصر وتعظم رهبة العدوّ لهم». المقدّمة، ص102.

(2) لقد بدأ تجسيد رابطة الدّين بديلاً لرابطة الدّم من خلال عملية المؤاخاة بين المهاجرين والأنصار في المدينة على أرض الواقع، ومن خلال «صحيفة المدينة» التي حاولت إعادة ترتيب العلاقة بين القبائل بالتقليص من الطابع البدوي القبلي لتلك الروابط بينها، وهي عملية تكشف نزوع الدّين الجديد إلى استبدال الرّوابط الاجتماعية «الجاهلية» القريبة إلى الثقافة البدوية، ويعبّر القرآن عنها صراحة انطلاقاً من مفهوم الأخوّة في عدد كبير من الآيات منها الآيتان الآتيتان: ﴿وَٱذْكُرُواْ نِعْمَتَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنتُمْ أَعْدَآءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُم بِنِعْمَتِهِۦٓ إِخْوَٰنًا﴾ [آل عِمرَان: 103]. ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾ [الحُجرَات: 10] وصولاً إلى التعبير عن مفهوم الأمّة بديلاً لمفهوم القبيلة ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُواْ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ﴾ [البَقَرَة: 143]. ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى ٱلْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ﴾ [آل عِمرَان: 104]، و﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَوْ ءَامَنَ أَهْلُ =

وبناء على ذلك يمكن فهم دواعي رفض القرآن لجزء كبير من الأعراف الجاهلية واستبدال أخرى بها أو القبول بجزء منها وإضفاء دلالات دينية قرآنية عليها، وذاك ما يتضح لنا في العديد منها بدءاً بالجنايات وصولاً إلى بعض مسائل المعاملات التجاريّة والماليّة.

2-1-1- أعراف الجنايات:

يعدّ القصاص أبرز أعراف الجنايات التي تعامل معها القرآن، وأضفى عليها الفقه صبغة الحكم القرآني الثابت والقطعي، وتعود جذوره إلى حقب قديمة قبل ظهور الوحي القرآني، فهو منشدّ إلى ثقافات ساميّة عتيقة[1]. ولهذا العرف الأثر الواضح في صياغة الحكم الديني حول جناية القتل والاعتداء، إذ ترد في نص الوحي ذاته إحالة واضحة وصريحة على هذا المعنى، وقد توزعت على فترات زمنيّة متباعدة كان فيها التدرّج واضحاً من التبنّي الكامل للعرف الجاهلي إلى إدراج جملة من التعديلات كانت تتلاءم مع طبيعة التحوّل التاريخي الذي شهده المجتمع الحجازي مع ظهور النبوة واشتداد عودها زمن الهجرة إلى المدينة[2]. وكان للسياق الاجتماعي والرّصيد الثقافي

= ﴿ٱلْكِتَٰبِ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُم ۚ مِّنْهُمُ ٱلْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ [آل عِمـرَان: 110]، وأيـضـاً ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ۚ يَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ ٱلصَّلَوٰةَ وَيُؤْتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ وَيُطِيعُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥٓ ۚ أُو۟لَٰٓئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ ٱللَّهُ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [التّوبَة: 71]. يمكن مراجعة دراسة رضوان السيد بعنوان: دراسة في تكوّن مفهوم الأمّة في الإسلام، في كتاب: الأمّة والجماعة والسلطة، ص17-87.

(1) يعود القصاص إلى تراث البابليين والعبرانيين. راجع: جويرو، زهيّة، القصاص في النصوص المقدّسة: قراءة تاريخية، دار المعرفة للنشر، تونس، ط1، 2007م، ص25، 31-32.

(2) وردت آيات القصاص على فترات زمنية مختلفة ومتباعدة، وهي خمسة متعلّقة بجناية القتل اعتماداً على تصنيف محمد فؤاد عبد الباقي في «المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم»، وهي كالآتي: الآية 98 و178 و179 و194 من سورة البقرة، =

المتكوّن من جماع ثقافات متعددة دور في تغيّر الحكم والتدرّج به من قصاص له بعد ثأري في ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ...﴾ إلى قصاص له بعد عقابي وردعي لجناية القتل ﴿وَلَا تَقْتُلُواْ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ...﴾، ولفهم هذا التحوّل لا بدّ من مراعاة الإطار الثقافي العام الذي تنزّلت فيه آيات القصاص، فقد كان ردّ فعل على شيوع ظاهرة الثأر، وسعياً جدّياً للجم العنف المنفلت[1]، إضافة إلى إرساء مساواة تامّة بين الأفراد والقبائل والقطع نهائياً مع عادة التكايل في الدّماء[2]، وما يرافقه من اعتقاد أسطوري يقدّس فعل الثأر ذاته[3].

= والآية 92 و93 من النساء، والآية 33 من الإسراء، و45 من المائدة. انظر: جويرو، زهية، (م.ن)، ص45-47.

(1) تشير بعض الروايات التاريخية أنّه «إذا كان القاتل من بيت دون بيت القتيل، فإن أهل القتيل لا يكتفون في كثير من الأحيان بالقود، أي بقتل القاتل، ولكن يطلبون قتل شخص آخر مع القاتل، أي قتل شخصيْن في مكان القتيل، وقد لا يقبلون بهذا الحلّ أيضاً لاعتقادهم أنّ الرجليْن مع ذلك دون القتيل في المنزلة والكفاءة، فيعمدون هم أنفسهم إلى الأخذ بثأر القتيل، وذلك باستعراضهم فيما بينهم رجال قبيلة القاتل، لاختيار رجل يقتلونه يرون أنّه في منزلة القتيل، فإن اختاروه ووجدوه، والغالب أنهم يختارون جملة رجال، أرسلوا من يغتال ذلك الشخص المسكين الذي وقع اختيارهم عليه لقتله فيغتالونه ليكون كبش فداء عن القتيل». راجع مقال «قصاص» لشاخت في: دائرة المعارف الإسلامية (النسخة الفرنسية)، المجلد الخامس، ص176. وعلي، جواد، المفصّل في تاريخ العرب قبل الإسلام، ج5، ص581.

(2) القصاص هو القود، أي قتل القاتل بدل القتيل، وهو التناصف، ويقال: «أقصّه الحاكم يقصه: إذا مكّنه من أخذ القصاص، وهو أن يفعل به مثل فعله من قتل أو قطع أو ضرب أو جرح». ابن منظور، لسان العرب، مادة (ق ص ص)، ج7، ص76. أما معنى الثأر في المعاجم فهو الدّم أو بالأحرى طلب الدم. يقال: «الثأر والثؤرة: الذّحل». ابن سيده. الثأر: الطلب بالدّم وقيل الدّم نفسه. ابن منظور، لسان العرب، ج4، ص97.

(3) يتجلّى الاعتقاد في قداسة الثأر من خلال تصورهم لتحوّل روح القتيل إلى طائر من طيور اللّيل يطلق عليه «الهامّة» تحوم عند قبره وتقول: اسقوني اسقوني من دم قاتلي، =

وطبقاً لتفسير الطبري (ت 310هـ/ 922م)، الذي تناول هذا السياق الثقافي بالدّرس[1]، يبدو واضحاً مسعى القرآن إلى تجاوز عرف يحمل بعداً تدميرياً للمجتمع الإنساني عامة ولحياة القبائل في ذلك الرّاهن التاريخي، غير أنّ القرآن إن سعى إلى القطع مع هذه الظاهرة فإنّه حافظ على طبيعة التراتبية الاجتماعية في القصاص (**الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد..**)، ولاح جليّاً أنّه كان يتعامل في البداية بمنطق العرف الرّاسخ الذي يراعي خصوصية مجتمعات قبليّة كانت فيها العبودية والرّق مكوناً من مكوّناتها في ذلك الوقت، إلا أنّ ذلك لم يكن مسايرة تامة للواقع العرفي، لأنّ تلك الآيات كانت تقرن القصاص دوماً بالعفو والإحسان، وهو المنفذ الذي سمح بتبنّي أعراف أخرى تتفادى قدر الإمكان العودة إلى منطق الثأر، فغدت للعقوبة التعويضية منزلة في تلك الآيات وأهمّها الدّية، ويبدو واضحاً أنّه على الرغم من وجود هذا العرف في أوساط قبلية قريبة من الحياة الحضرية، فإنّ شيوعها لم يكن بالقدر الكافي الذي يخلق حالة توازن بين الاعتداء والقصاص، وهذا ما نجد له تفسيراً في ما ذكره الطبري عن عزوف جزء مهم من القبائل العربيّة عن هذه العقوبة مفضّلة الثأر المباشر[2]. ولئن عرف العرب عقوبات تعويضية مثل

= فإذا أخذ بثأره طارت، ويبلغ حرصهم على الثأر حدّ التحريم على أنفسهم النّساء والطيب والخمر وعدم تغيير الثياب التي يلبسونها وعدم غسل الرأس وأكل اللّحم إلى أن يشفوا أنفسهم بالثأر. راجع: علي، جواد، (م.ن)، ج5، ص598. والدّميري (ت 808هـ/ 1405م]، حياة الحيوان الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003م، ج2، ص510.

(1) الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، 2003، ج3، ص358.

(2) يذكر الطبري في تفسيره الرواية الآتية: «حدثنا الحسن بن يحيى قال: أخبرنا عبد الرزاق قال: أخبرنا معمر عن قتادة في قوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البَقَرَة: 178]. قال: لم يكن لمن قبلنا ديةٌ، إنما هُو القتل، أو العفوُ إلى أهله. فنزلت هذه الآية في قوم كانوا أكثر من غيرهم، فكانوا إذا قتل من الحيّ الكثير عبدٌ قالوا: لا نقتل به إلا حُرّاً. وإذا قتلت منهم امرأة قالوا: لا نقتل بها إلا رجلاً. فأنزل الله: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾ [البَقَرَة: 178]. الطبري، (م.ن)، ج3، ص359.

النّفي أو الخلع لإجبار بعض القبائل القاتل على الابتعاد عنها، واختيار حياة العزلة مع أسرته أحياناً، أو تجريده من أملاكه -وهي إحدى الطرق التي تعمل القبائل من خلالها على حقن الدّماء والحفاظ على أرواح أفرادها- فإنها عرفت أيضاً «الدية» حينما تسعى القبيلة نفسها إلى ممارسة ضغط معنوي على أقارب القتيل أو الضحيّة للقبول باتفاق سلمي يلجم فعل الثأر عبر عرف «الدّية» ومفهوم «ولي الدم»[1].

ولا تتجلّى الإضافة القرآنية في تأسيس قيم دينية جديدة مرتبطة بالإيمان بالآخرة ومفهوم الخلاص/النجاة، بل في استيعاب جزء من الأعراف القائمة التي لها أصول اجتماعية قريبة من الحياة الحضرية مثلما يذكر ذلك المؤرّخ العراقي جواد علي في بحثه عن العقوبات التعويضية للثأر عند الجاهليين[2]. فقد تبنّى القرآن بدائل أخرى سائدة في المنطقة كانت قد تأسّست تلافياً لتصاعد وتيرة العنف التدميري (la violence destructive) بين القبائل، وتأسيساً على ذلك تنزّلت الآيات القرآنيّة في خصوص هذه الجناية على مراعاة القواعد العرفية المعمول بها، ثم إضفاء دلالات دينية على العقوبة تخترق قيود اللحظة وإكراه المكان من خلال ربط العقاب بإرادة الله المتجلّية في تحريم القتل بما هو فعل عدواني ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [الإسرَاء: 33]، وهو الأصل في القصاص باعتباره مؤسسة عقابية تقوم

(1) الديّة تعني العقل أو الغرامة أو التعويض، ويدفعها من قتل رجلاً أو جرح آخر، وهي تعوّض الثأر وتتطابق مع عرف له المعنى نفسه في القوانين الرومانية والجرمانية القديمة. ويقدّر البعض مبلغ الدية في الجاهلية بمئة من النوق يشارك أفراد القبيلة في جمعها لمنع الثأر منهم أو داخلهم. وعادة ما تطبّق في حال القتل عن طريق الخطأ. راجع: تيان، إمي (Emile Tyan)، دائرة المعارف الإسلامية (النسخة الفرنسية)، المجلّد الثاني. وعلي، جواد، المفصّل، ج5، ص583-584.

(2) بحث جواد علي عن جذور العقوبات التعويضية مثل التغريب المعروف لدى الفرس والرومان واليمنيين وضرب الدّية على العاقلة التي عرفها اللّحيانيون والعرب الجنوبيون. المفصّل، ج5، ص590-597.

على مبدأ المسؤولية الموضوعيّة لا على مبدأ ردّ الفعل والانتقام[1]. ولذلك كان الخيار هو ردع القتل والجريمة بوساطتها ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُوْلِي ٱلْأَلْبَٰبِ﴾ [البَقَرَة: 179]، وهو ما تعمّق في آيات أخرى بتأثيم العدوان والعنف غير المبرّر عبر جعل القتل فعلاً من أفعال الشرّ المتناقض مع الإيمان والتقوى. ويبدو هذا التأثيم قريباً من منهج التوراة الذي نهى عن القتل في الوصايا العشر في سياق إيماني أخلاقي منطلقه التّوحيد[2].

وهكذا، كانت للقرآن معالجة جزائية داخل السياق العُرفي، فهو لم ينشئ القصاص إنشاءً، بل نقله، باعتباره إطاراً عامّاً من حالة العرف الشفوي إلى حالة النصّ. وظلّ يحيل عليه بأحكام تفصيليّة ستنتقل فيما بعد باصطلاحاتها العرفية الجاهليّة إلى الفقه. ولعلّ الإبقاء على شروط المنطق القبلي، مثل قتل الحر بالحر والعبد بالعبد...، في أحكام القرآن، إنّما هو دليل على الأثر الذي تركته ثقافة البداوة «الخشنة» في النصّ. وهي في ذلك تجنح إلى منطق العنف والقوة وسيلة من وسائل فض النّزاعات وحماية الكيان القبلي، ولم يكن ذلك شاذّاً عن الثقافة السامية العتيقة المهيمنة على تلك المنطقة[3].

---

(1) بلعيد، الصادق، القرآن والتشريع، مركز النّشر الجامعي، تونس، 1999م، ص211.

(2) سفر الخروج 20، التثنية 5. راجع: ياسين، عبد الجواد، الدّين والتديّن: التشريع والنصّ والاجتماع، دار التنوير، بيروت، ط1، 2012م، ص176-177.

(3) من المفيد الإشارة هنا إلى جمع النص القرآني بين تصورين في حكم القصاص: التصور التوراتي والتصور الإنجيلي، فالآيات ثاوية في طيات العهدين القديم والجديد، إذ جاء في الآية 21 من الأصحاح 19 من سفر التثنية: «حياة بحياة وعين بعين وسنّ بسن، ويد بيد، ورجل برجل». وجاء في إنجيل متّى في الآيتيْن 38-39 من الأصحاح 5: «سمعتم أنّه قيل: عين بعين وسنّ بسنّ. أما أنا فأقول: لا تقاوموا الشرّ بمثله». وحين نراجع الآية الخامسة والأربعين من سورة المائدة نتبيّن أنّ الآية تسترجع رؤيتيْن: رؤية إله العهد القديم، وهو إله النّاموس أو الشريعة القاضي بالعدل من خلال تشريع القصاص، ورؤية إله «العهد الجديد»، وهو لا يعير أهميّة كبيرة لشريعة القصاص العادلة بقدر ما يعير أهميّة قصوى لشريعة المحبّة والغفران، وهو ما =

أما قضية الزنى، فقد طُرحت في السياق التاريخي والظرف الاجتماعي نفسه، أي في مجتمع المدينة القائم على التعدد القبلي والدّيني. ولفهم طريقة التعامل معها لا بدّ من استحضار ما مثلته صحيفة المدينة من تحوّل أقرّت فيه حقَّ كلّ قبيلة في الاحتكام إلى أعرافها مع استئثار الرّسول بدور التحكيم[1]. ويبدو أن ذلك عامل من عوامل تطور التعامل مع هذه المسألة في القرآن، إلا أنه تجدر الإشارة إلى أنّ هذا التعامل قد اصطبغ بسياقات خاصّة يمكن رصدها في الملاحظات الآتية:

أولاً: على الرغم من ملامح التعدد الاجتماعي في مجتمع المدينة وخضوع كلّ فئة لقوانينها الخاصة وعاداتها الاجتماعية فإنّ ما يوحّد بينها هو أنّ موضوع الجنس لم يكن مباحاً ومتاحاً في العديد من المناطق التي عرفت حياة حضرية مستقرّة كان فيه مبدأ النّسب وصفاؤه من المقدّسات والمحرّمات التي يعيش عليها عرب الجاهلية. ومن ثَمَّ اصطبغ العقاب العرفي بملمح النّزعة الذّكورية المتسلطة[2].

ثانياً: إنّ أول تعامل مع قضية من قضايا الزّنى كان سابقاً للآيات التي عالجتها، وفي سياق مخصوص لا يتعلّق بالجماعة المؤمنة، بل بالطائفة اليهودية. فقد أقرّ الرّسول عقوبة الرّجم بعد استشارتهم في الأمر بناء على

= يجعلنا نستنتج أنّه بقدر ما كان هناك حرص على احترام العرف الاجتماعي السائد المتوارث فإن ذلك لا يعني بالضرورة تطبيقاً آلياً للحكم كما فُهم من النصّ التوراتي. راجع مقدمة حمادي المسعودي لكتاب زهيّة جويرو: القصاص في النصوص المقدّسة، ص6-8.

(1) ابن هشام (ت 213هـ/ 828م)، السيرة النبوية، تحقيق طه عبد الرّؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة، (د.ت)، ج2، ص106. وياسين، عبد الجواد، الدّين والتديّن، ص173.

(2) الشائع أنّ الزنى كان بالنسبة إلى الرجل مبعث افتخار وخصلة من خصال الرّجولة، ولا حق لامرأته في أن تلاحقه شرعاً. راجع: علي، جواد، المفصّل، ج5، ص560-561.

مراجعهم العرفيّة الشائعة لا بناء على اجتهاد شخصي أو نص من الوحي[1]. ولئن كان الشائع أحياناً عند العرب معاقبة المرأة الزانيّة بالقتل فإن عقوبة الرّجم تلك كانت موجودة لديهم، وإنْ في بعض الأوضاع والحالات التي تذكرها لنا المصادر التّاريخية[2].

من هنا نفهم السياق الذي تنزّلت فيه آيات حدود الزّنى باعتبارها استيعاباً للأعراف وتعديلاً لمحتواها بما يتماشى مع مبادئ العقيدة الجديدة وأخلاقياتها. ويلحظ هنا أنّ الزّنى اقترن بعبارة الفاحشة في بعض المواطن التي ورد فيها الحديث عنه[3]. وقد يكون ذلك عاملاً من عوامل إكساب

---

(1) حدثني المثنى قال: حدثنا عبد الله بن صالح قال: حدثني معاوية بن صالح عن علي بن أبي طلحة عن ابن عباس قوله: «إن أوتيتم هذا فخذوه وإن لم تؤتوه فاحذروا»، هم اليهودُ، زنت منهم امرأة، وكان الله قد حكم في التوراة في الزّنى بالرجم، فنَفِسوا أن يرجموها، وقالوا: انطلقوا إلى محمد، فعسى أن يكون عنده رُخْصة، فإن كانت عنده رخصة فاقبلوها! فأتَوْه، فقالوا: يا أبا القاسم، إنّ امرأة منّا زنت، فما تقول فيها؟ فقال لهم النبي ﷺ: كيف حُكم الله في التوراة في الزاني؟ فقالوا: دعنا من التوراة، ولكن ما عندك في ذلك؟ فقال: ائتوني بأعلمكم بالتوراة التي أنزلت على موسى! فقال لهم: بالذي نجاكم من آل فرعون، وبالذي فَلَق لكم البحر فأنجاكم وأغرق آل فرعون، إلا أخبرتموني ما حُكْم الله في التوراة في الزاني؟! قالوا: حكمه الرَّجْم! فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت». الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، ج10، ص41.

(2) عقوبة الزّنى عند العرب كانت متراوحة بين القتل (قتل المرأة) والرّجم، إذ يذكر جواد علي نقلاً عن المؤرّخ سترابون الإغريقي (Straabon 64 A.J) أنّ الخيانة الزوجية عندهم تستوجب عقوبة صارمة وهي الموت. أما القلقشندي فإنّه يذكر أنّ أوّل من رجم في الجاهليّة بتهمة الزنى هو ربية بن حدّان ثم جاء الإسلام بتقريره في المحصن. ويبدو أنّ العقوبة قد تطورت عبر الزمن من القتل إلى الرّجم. راجع: علي، جواد، المفصّل، ج5، ص559. والقلقشندي، صبح الأعشى في صناعة الإنشا، تحقيق يوسف الطويل، دار الفكر، دمشق، ط1، 1987م، ج1، ص495.

(3) تحدّث القرآن عن الزنى في مناسبات عديدة، فذكره تارة بلفظ الفاحشة في سورة النّساء ﴿وَٱلَّٰتِي يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ۖ فَإِن شَهِدُوا۟ =

الفعل طابع التأثيم المتناقض مع أخلاق قرآنية كانت العديد من الآيات تعمل على ترسيخها بالتوازي مع إضفاء البعد الغيبي الدّيني. ومن ثمّ بدا واضحاً أن التعديل القرآني قرن بين الرفض الدّيني الأخلاقي والزجر العقابي من خلال استبدال الرّجم والقتل بالجلد، والمساواة في العقاب بين الرجل والمرأة ممن اقترف هذه الجناية، فضلاً عن تقصّي أكبر درجات التحرّي في الجناية من خلال إقرار توافر شهود أربعة، وزجر رمي المحصنات في اتجاه يعمل على التضييق مما ينطوي عليه الحكم العرفي من عنف يستهدف الحطّ من قيمة المرأة. لكنها كانت في الوقت ذاته أحكاماً تعمل على التوفيق بين الحفاظ على العرف الاجتماعي المحرّم للعلاقة الجنسية الحرّة، وما يمكن أن تخلّفه من إخلال بالنظام الاجتماعي والمبادئ الأخلاقية القرآنية الجديدة التي تحرص على صون النّفس وفرض التساوي بين الجميع على اختلافهم. وهو ما نقرؤه بوضوح في الآية الآتية: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ۖ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِى دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۖ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النُّور: 2].

ولئن كانت هذه الغاية حاضرة في أغلب التشريعات القرآنية، وخصوصاً تلك المتصلة بالجنايات، فإنّ مبدأ الاستيعاب ظلّ مستمرّاً فيها، وبصفة أخصّ في عقوبات السرقة والحرابة والقذف. فعقوبة القطع مثلاً كانت عرفاً

= فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى ٱلْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴿١٥﴾ وَٱلَّذَانِ يَأْتِيَٰنِهَا مِنكُمْ فَـَٔاذُوهُمَا ۖ فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا۟ عَنْهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَّحِيمًا﴾ [النِّسَاء: 15-16]، وطوراً بلفظ البغاء كما ورد في سورة مريم 19/ 20. وتنوعت الصيغ الأسلوبية في الحديث عنه، فقد استُعمِلت خمس آيات، ثلاثٌ منها في نفي هذه الصفة عن المؤمنين أو نهيهم عن الاتصاف بها، وواحدة تضمّنت حدّ الجلد وهي النّور (24/ 2)، وأخرى دعت إلى إقصاء الزناة ومحاصرتهم اجتماعياً بالدعوة إلى عدم مناكحتهم وهي النّور (24/ 3). وهذا يعبّر عن تنوّع طرق ضبط هذه الظاهرة الاجتماعية من الضبط الأخلاقي التربوي إلى الردع القانوني عبر الحكم الجازم، فكان الموقف متراوحاً بين إدخال عناصر التخفيف وتأكيد بغضه لهذه الجناية.

جاهلياً سائداً وشائعاً ومبدأً معروفاً لدى العرب قبل الإسلام[1]. لكنّ ذلك لم يعدم وجود أعراف التعويض المالي بضعف القيمة أو بعدّة أضعافها، وهذا ما أشار إليه جواد علي في أخبار تؤكّد تشابه الأعراف العربية مع سائر الأعراف المنتشرة حينها مثل أعراف العبرانيين والرّومان[2]. وهذا ما يحملنا على الوقوف أمام دلالات أخرى تؤكّد ارتباط التشريعي بالأسطوري والمقدّس محورها فكرة تأثيم السرقة عند الشعوب القديمة التي احتكّ بها العرب في زمن ما[3]. بيد أنّه لا تسعفنا المصادر التاريخية بمعطيات دقيقة عن ممارسة هذا العرف عند البدو ما عدا نسبته إلى بعض أعلام قريش ممن ذكرناهم سابقاً، الذين ارتبط فيها حكمهم بظروف اجتماعية خاصّة مرّ بها المجتمع القرشي قبل الإسلام قد يكون فيها القطع متصلاً بتصوّر أسطوري حول قداسة المال المتأتّي من الحرم. وهي فرضية تظلّ قابلة للنقاش

(1) يذكر ابن حبيب عدداً من الأسماء التي نفذ فيها حكم القطع في الجاهلية، وينسب آخرون هذا العرف إلى عبد المطلب جدّ الرّسول أحياناً، وإلى الوليد بن المغيرة أحياناً أخرى، ويقصره آخرون على قريش دون سواها. راجع: ابن حبيب، أبو جعفر محمّد (ت 245هـ/ 859م)، المحبّر، تحقيق إليزة ليختن شتيتر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، (د.ت)، ص328. وعلي، جواد، المفصّل، ج5، ص605. والقرطبي، شمس الدّين (ت 671هـ/ 1273م)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق سمير البخّاري، دار عالم الكتب، الرّياض، ط1، 2003م، ج6، ص160.

(2) علي، جواد، المفصّل، ج5، ص606-607.

(3) يذهب عبد الجواد ياسين مثلاً إلى تفسير ذلك باحتمال التأثر بالتشريع البابلي القديم الذي كان يعاقب بقطع اليد على خيانة الأمانة بوصفها نوعاً من السّرقة، ولاسيما أنّ هذا التشريع كان نافذاً وحاضراً في أغلب المعاملات التجارية والمدنية في مكة، فبفضل تجارتها الخارجية والداخلية كانت تقيم علاقات واسعة تفيض عن التجارة لتلامس مختلف جوانب الحياة الاجتماعية والأخلاقية بينها وبين المناطق المجاورة مثل الشام والعراق وصولاً إلى فارس والهند والحبشة، وهو ما أوجد وضعية اكتسبت فيها الأموال المنقولة قيمة كبرى فضلاً عن الحصانة الدينية التي تسبغها على الأموال العائدة إلى الحرم. راجع: ياسين، عبد الجواد، الدّين والتديّن، ص219.

والتأويل، وليست حكماً جازماً نعلّل به دوافع تفضيل القرآن لهذا العرف العقابي على البقية. إلا أنّ اللافت للانتباه في آية القطع أنها تردف بآية تشترط التسامح والعفو بالتوبة[1]. وتلك هي ميزة من مميزات التعامل القرآني مع أعراف الجنايات تربط بين حتمية الجزاء الدنيوي (العقاب) والخلاص الأخروي (التوبة)، فترتقي بالعنف المحتّم من عنف تدميري إلى عنف له طابع توافقي، ويكون هدفه موجهاً إلى الإصلاح والحفاظ على النّظام الاجتماعي السائد.

على أنّ هذه العلاقة لم تنحصر في صلتها بأعراف الجنايات دون غيرها، بل امتدت أيضاً إلى العديد من مظاهر العيش ومنها مجال الأسرة.

2-1-2- أعراف الأسرة:

أشرنا سابقاً إلى خصائص الاجتماع الجاهلي الذي تأسست بناه على تقديس مبدأ النسب وأهمية القرابة والروابط الدموية بين الأفراد والقبائل والعشائر، فالعصبية القبلية والعشائرية هي التي كانت تمنح الفرد معنى لوجوده وتحدّد هويته الاجتماعية داخل هذا النّسيج الاجتماعي المتفرّد الذي شكّلته العديد من العوامل، وإذا كان منشأ أيّ اجتماع إنساني يقام على ما هو بيولوجي وغرائزي ثابت، فإنّ ما ينجرّ عن نظام القرابة من أبوّة وزواج وبنوّة وأخوّة وعمومة (قرابة من جهة الأب) وخؤولة (قرابة من جهة الأم) فضلاً عن التمييز بين الذكورة والأنوثة لا يحمل قيمة في حدّ ذاته، بل ينطوي في خلفيته على علاقات أخرى مثل الولاء والحلف والتبنّي، ويوحي بطبيعة تفكير الإنسان وتصوراته لصميم العلاقات بين البشر[2]. وهكذا إنّ التحوّل من الطبيعة إلى الثقافة، وهو أساس قيام الاجتماع البشري، تظهر منه أعراف

---

(1) ﴿فَمَن تَابَ مِنۢ بَعْدِ ظُلْمِهِۦ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ ٱللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: 39].

(2) جعيّط، تاريخية الدعوة المحمّديّة، ص61-62.

الزّواج في صورته الواضحة، وهي الصورة التي تلخّص مبدأ تجاوز البيولوجي الطبيعي إلى إقرار ضرورة التبادل بين الجماعات وفرض قواعد من الموانع والمحارم تختلف بين ثقافة وأخرى[1]. وقد وضحنا سابقاً أسس الزّواج العربي التي لا تختلف عن أسس الزواج الموجودة في محيط شبه الجزيرة العربية في عهود كانت خاضعة في مجملها لمبادئ قبلية وأخلاقية معيّنة تعامل معها القرآن في سياق محاولة تقليص طابعه العنيف دون انقطاع جذري عنها. وقد يتجلّى ذلك في ضبط محارم الزّواج[2]، مثل الزواج بامرأة الأب والجمع بين الأختيْن[3]، مع تحليل تعدّد الزوجات كما مارسه العرب قديماً[4]. وقد تطابقت في هذا السيّاق الآيات القرآنية المتصلة بالزّواج مع أعراف الجاهليين، ولم تقدّم نظاماً تشريعياً مفارقاً لها، بل عملت على تبنّي النّظام الاجتماعي القائم إمّا بالنصّ عليه إقراراً أو تعديلاً وإمّا بالإحالة عليه سكوتاً[5].

---

(1) (م.ن)، ص62.

(2) ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿22﴾ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ [النِّساء: 22-23].

(3) تذكر المصادر التاريخية استقباح العديد من القبائل العربية لهذا النوع من الزواج، انظر: الطبري: " جامع البيان "، ج8، ص133.

(4) ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النِّساء: 3].

(5) تبنّى النّظام الشائع المعروف للزواج في الجزيرة العربيّة، وفي قريش على وجه الخصوص، مقصياً مظاهر أخرى منه مثل الشغار والبدل والاستبضاع والرهط والضيزن التي لا تقتضي صداقاً أو مهراً، ويُعدّ المهر ركناً ضرورياً يفرّق بين الزّواج والمسافحة، وقد نصّ القرآن عليه صراحة في سورة النّساء ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ =

ويُعدُّ المهر في الآيات القرآنية من حقّ المرأة مثلما يظهر ذلك واضحاً في الآية العشرين من سورة النساء التي تؤكّد على أحقية المطلّقة فيه لأنّه ثمن لـزواجـهـا ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾. وهذا ما يُعدُّ تطوراً جديداً في مؤسسة الزّواج بعد أن كان المهر في بعض أعراف الجاهليين يدفع أحياناً إلى وليها (الأب أو أحد أقاربها من الذكور) فقد اقترن مفهوم الزواج ببيع الولي للمرأة مقابل الحصول على المال، وبناء على ذلك كان لهذا الإجراء القرآني البسيط أثر في نقل المرأة المرغوب فيها للزواج من موقع الشيء المبيع إلى موقع الطّرف المتعاقد، إذ في مقابل اكتساب الرّجل حقّ إقامة علاقة جنسية مع المرأة اكتسبت هي الحق في الحصول على ما يوجبه المهر من تقدير[1].

ولا تغيب عن أذهاننا وراثة القرآن لأعراف جاهلية نابعة من طبيعة الحياة القائمة على العبودية في تلك الحقبة، ولذلك ميّز بين نوعين من النكاح هما: نكاح الحرائر، ونكاح الإماء، وكان الصنف الثاني منه[2] يعالج قضية شائكة عرفها الاجتماع الإسلامي الأوّل متمثلاً في تيسير مبدأ الزواج بتكلفة زهيدة، ذلك أنّ الأغلبية من المسلمين حينها لم يكونوا أثرياء قبل تدفق غنائم الفتوح عليهم، وهذا إجراء حاول فيه القرآن تعديل الأعراف القبلية المكرّسة للعبودية والتراتبية الاجتماعية السائدة المغذّية لمظاهر العنف في العلاقات الاجتماعية القائمة على منطق استغلال فاحش للإنسان يتعارض مع مبدأ المساواة

= نِحْلَةً﴾ [النِّسَاء: 4]، راجع الطبري: «جامع البيان»، ج7، ص553. وابن حبيب: «المحبّر»، ص310.

(1) تعود جذور المهر إلى الأصول العبرية وقد أحالت التوراة عليها (سفر الخروج 22/ 15-12)، راجع: البشير المشري: "الموروث وأثره في التشريع الإسلامي"، بيروت، دار الطليعة، ط1، 2010م، ص70، ص132.

(2) الصنف الثاني رخّص فيه القرآن وهو نكاح الإماء انطلاقاً من الآية الآتية: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [النِّسَاء: 25].

المطلقة بين الناس وفق ما نصّ عليه القرآن، فرفعت الآية الحرج الذي كان يتسبب فيه العرف الجاهلي المحرّم لزواج الحرّ بالأمة. وبهذه المعالجة نقف مع الآية على نموذج من نماذج التفاعل بين النصّ التشريعي والعرف الاجتماعي من خلال تعديل «جزئي» كانت تقتضيه ظروف الجماعة المسلمة في ظلّ تزايد أعدادها وتواصل نشاطها العسكري، وفي سياق اقتصادي غير ملائم وصعب أحياناً. ومن ثَمَّ تبدو الظّروف المتغيّرة هي التي فرضت تسهيل فكرة الزواج باعتباره إطاراً مشروعاً للوطء الجنسي[1] يتّفق مع الروح الأخلاقية التي أراد القرآن زرعها في تجربة الاجتماع الإنساني دون حدود[2].

وتأسيساً على هذا المنهج كان القرآن يعكس في آياته التشريعية الإطار العام للثقافة الجاهلية في الأسرة، فأقرّ مبدأ السيادة الذكورية عليها مستعملاً العبارة العرفيّة السائدة للدلالة صراحة على الزوج باسم السيّد ﴿وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَا ٱلْبَابِۚ﴾ [يُوسُف: 25]، وصولاً إلى إثبات مبدأ أفضلية الرجل على المرأة ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ [النِّسَاء: 34]، و﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌۗ﴾ [البَقَرَة: 228]. وأعطى الرجل حقّ تأديب زوجته بالهجر في المضجع والضرب ﴿وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّۖ﴾ [النِّسَاء: 34]. وجعل صلاحيّة إنهاء العقد أو استئنافه بعد الطلاق بيده[3]، إلا أنّه أدخل تعديلات ذات بعد أخلاقي يوافق جوهر التعاليم القرآنية في المساواة، فنهى

---

(1) ياسين، عبد الجواد، الدّين والتديّن، ص238.

(2) قد يكون هذا هو المعنى الأخلاقي الكبير من الآية الآتية التي تتعالى عن الظروف والحيثيات لتبني قيماً كونية سامية ومتعالية: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الرُّوم: 21].

(3) ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ (226) وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (227) وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [البَقَرَة: 226-228].

عن وراثة النّساء كرهاً عند وفاة أزواجهنّ(1)، مثلما نهى عن الجمع بين الأختيْن، وعن عضل النّساء بإمساكهنّ تعليقاً لمنعهنّ من الزواج(2). وقدّم معالجة لعادتين من عادات الجاهلية هما: الإيلاء والظهار(3). أمّا في الطلاق فلئن تبنّى جملة من الأعراف الجاهلية(4)، فإنّ التعديل اشتمل على اشتراطه أن يتم في عدّة المرأة وهو حكم قد يقلّص من إمكانات حدوثه(5). ويضع حدّاً لبعض عادات الجاهليين الذين لم يكونوا ملزمين به. بل يبعث عرف

(1) ﴿لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا۟ ٱلنِّسَآءَ كَرْهًا﴾ [النِّساء: 19]. ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا﴾ [النِّساء: 22].

(2) ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا۟ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ﴾ [النِّساء: 19]. ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾ [البَقَرَة: 231].

(3) الإيلاء من عادات الجاهلية غايته الإضرار بالمرأة بتركها لا أيماً ولا ذات بعل، والظهار تحريم الرجل امرأته على نفسه بقوله لها أنت علي كظهر أمي أو بطنها أو فخذها. وقد وضع القرآن حدّاً أقصى هو أربعة أشهر لمدّة الإيلاء، وهو قسم الزوج ألا يقرب زوجته (البقرة2/ 226، 227). وفتح الباب للخروج من مشكلة الظهار، وهو قسم الزّوج بهجر زوجته عبر التكفير بتحرير رقبة أو صيام شهرين متتابعيْن أو إطعام ستين مسكيناً ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ ۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝٣ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ۚ ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا۟ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۗ وَلِلْكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [المجَادلة: 3-4]، 4. راجع: المشري، البشير، الموروث في التشريع الإسلامي، ص188-192.

(4) أقرّ القرآن، في الآيتيْن 229 و230 من سورة البقرة، العرف الجاهلي الذي يشترط أن تنكح المرأة زوجاً آخر في حال طلاقها ثلاثاً كي تعود إلى زوجها الأوّل، وهو ما يستوجب البحث عن محلّل. راجع: المشري، البشير، (م.ن)، ص186.

(5) ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ ۖ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ۚ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطَّلاق: 1]. ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ [البَقَرَة: 234].

العبرانيين ويتبناه بما أنّه من عاداتهم وتشريعاتهم الاجتماعية وفقاً لما ذكره عدد من المؤرّخين والدّارسين[1]. والعدّة لها ما يبررها اجتماعياً من النّاحيتين العرفية والثقافية في مجتمعات تسعى إلى التخلّص من بقايا البداوة المقيدة أكثر بإسار ما هو بيولوجي وغرائزي وطبيعي. فإذا سلّمنا بأنّها نتيجة طبيعية للعلاقة الجنسية التي كانت بين المرأة والرّجل سواء قبل الطلاق أم قبل الوفاة، وهو المقصود باستبراء الرّحم، فإننا نفهم الدافع الرّئيس له الذي يكمن في المحافظة على نقاوة النّسب، ولاسيما نسب الرّجل الذي يدعمه العرف السّائد القاضي بنسبة الولد إلى من ولده على الفراش[2]، لأنّ تزوج المرأة وهي حامل من شأنه أن يبعث على الالتباس في تحديد نسبه الأصلي في ذلك الوقت، وهو ما قد تنجرّ عنه تبعات قد يكون لها تأثير في تركيبة المجتمع وانتظامه[3].

وفي الميراث أعلن نصّ الوحي صراحة مبدأ حق النّساء في ذلك شأنهنّ في ذلك شأن الرّجال في صيغة توحي باستنكار واقع مخالف في الآية الآتية

---

(1) ذهب ابن حبيب في «المحبّر» إلى أنّ العرب في الجاهليّة لم يعرفوا العدّة و لم يقيّدوا بها المرأة المطلّقة وأن العديد من المطلّقات قد ولدن على فراش أزواجهن من أزواجهنّ الأولين، راجع: «المحبّر»، ص338، والعدّة عرف عبراني قديم فرضه أحبار اليهود على الأرملة في القرنين الأول والثاني للميلاد، راجع: المشري، البشير: «الموروث وأثره»، ص193.

(2) يرجع بعض المستشرقين مثل شاخت هذا العرف إلى أصول رومانيّة قديمة، راجع: Schacht, Introduction au droit Musulman, p.29.

(3) لئن فسّر البشير المشري تبنّي القرآن لهذا العرف بكونه يأتي في سياق مسعى القرآن إلى القبول بترسيخ النّظام الذكوري حيث يكون الولد تابعاً لأبيه ورغبته في التخلّص من بقايا نظام الأمومة، فإننا نرى أيضاً أنّ ذلك تجسيد للتفاعل مع طبيعة النّظام الاجتماعي المقدّس لظاهرة النسب من جهة وإلحاح على أهميته باعتباره وسيلة لمقاومة البداوة الموغلة في الفوضى الجنسية المؤدّية بدورها إلى مزيد التشتت بما لا يساعد على التحول إلى نمط العيش الحضري الذي كان متهيئاً في يثرب. راجع: المشري، البشير : «الموروث وأثره»، ص206.

من سورة النّساء: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النِّسَاء: 7]. وبغضّ النّظر عن سائر الآيات التي حدّدت نصيب الأنثى من الميراث[1]، فإنّ مجرد المقارنة بينها وبين ما كان سائداً يحيلنا بالضرورة إلى منهج قرآني يقوم على محاورة الواقع دون القفز عليه أو تجاهله، ويظهر هذا في ثقافة الميراث السائدة في الجاهلية المعتمدة على مفهومي النّسب والعهد[2]، وإقصاء النساء

---

(1) ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ءَابَآؤُكُمْ وَأَبْنَآؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النِّسَاء: 11].

(2) يذكر الرازي في تفسيره مبادئ الميراث في الجاهلية كما يأتي: «اعلم أن أهل الجاهلية كانوا يتوارثون بشيئين: أحدهما: النسب، والآخر العهد، أما النسب فهم ما كانوا يورثون الصغار ولا الإناث. وإنما كانوا يورثون من الأقارب الرجال الذين يقاتلون على الخيل ويأخذون الغنيمة. وأما العهد فمن وجهين: الأول: الحلف، كان الرجل في الجاهلية يقول لغيره: دمي دمك، وهدمي هدمك، وترثني وأرثك، وتطلب بي وأطلب بك، فإذا تعاهدوا على هذا الوجه فأيهما مات قبل صاحبه كان للحي ما اشترط من مال الميت، والثاني: التبني، فإن الرجل منهم كان يتبنى ابن غيره فينسب إليه دون أبيه من النسب ويرثه. وهذا التبني نوع من أنواع المعاهدة، ولما بعث الله محمداً ﷺ تركهم في أول الأمر على ما كانوا عليه في الجاهلية، ومن العلماء من قال: بل قررهم الله على ذلك فقال: ﴿وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَٰلِىَ مِمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النِّسَاء: 33] والمراد التوارث بالنسب. ثم قال: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ شَهِيدًا﴾ [النِّسَاء: 33] والمراد به التوارث بالعهد، والأولون قالوا المراد بقوله: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النِّسَاء: 33] ليس المراد منه النصيب من المال، بل المراد فآتوهم نصيبهم من النصرة والنصيحة وحسن العشرة، فهذا شرح أسباب التوارث في الجاهلية. الرازي، فخر الدّين، مفاتيح الغيب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1999م، ج9، ص508.

والصبية منه[1]. وعلى الرغم من أنّ الإسلام من النّاحية التاريخية قدساير العرف الجاهلي في مبادئه التي أشرنا إليها سابقاً بإقرار الحلف والتبنّي، إضافة إلى الهجرة والمؤاخاة[2]، فإنّ تلك المحافظة شهدت تحويراً وتعديلاً في إعطاء النساء والصبيان حقاً ولو أقلّ من الرجل في الميراث، وأضفى نزعة أخلاقية عليه فأوصى بإعطاء ذوي القربى من غير الورثة وكذلك اليتامى والمساكين حقهم منه في الآية الآتية ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينُ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ [النِّسَاء: 8]. ويلحظ هنا أنّ المسافة الفاصلة بين الأعراف الجاهلية والآيات القرآنية التشريعية، وخصوصاً ما اتصل منها بالميراث لم تكن واسعة بالقدر الذي تصوّره البعض، وتشهد عليه العديد من المعطيات التاريخية الحافّة بنزول آيات الميراث التي أعطت النساء حقاً فيه من جهة[3]. فضلاً عن أنّ ظاهرة توريثهنّ لم تكن منعدمة بالقدر الذي توحي به بعض التصوّرات اللاحقة في الفقه أو

---

(1) من المتواتر في كتب الأخبار أنّ أهل الجاهليّة «كانوا لا يورّثون البنات، ولا النّساء، ولا الصبيان شيئاً من الميراث، ولا يورّثون إلا من حاز الغنيمة وقاتل على ظهر الخيل. انظر: ابن حبيب، المحبّر، ص324. والطبري، جامع البيان، ج7، ص526.

(2) سمح الإسلام بوراثة المهاجر للمهاجر وإن كان أجنبيّاً عنه، ثم سمح للتوارث بين أخوين آخى بينهما الرّسول، فكانت أسباب التوريث ثلاثة هي: النّسب والنكاح والولاء على ما يذكر الرّازي في تفسيره. انظر: مفاتيح الغيب، ج9، ص508.

(3) يذكر الطبري عن ابن عباس: «أنّه لما نزلت الفرائض التي فرض الله فيها ما فرض للولد الذكر والأنثى والأبوين، كرهها الناس أو بعضهم، وقالوا: "تعطى المرأة الربع والثمن، وتعطى الابنة النصف، ويعطى الغلام الصغير، وليس من هؤلاء أحد يقاتل القوم ولا يحوز الغنيمة!! اسكتوا عن هذا الحديث لعلّ رسول الله ﷺ ينساه، أو نقول له فيغيِّره". فقال بعضهم: يا رسول الله، أنعطي الجارية نصف ما ترك أبوها، وليست تركب الفرس ولا تقاتل القوم، ونعطي الصبيَّ الميراث وليس يغني شيئاً، وكانوا يفعلون ذلك في الجاهلية، لا يعطون الميراث إلا من قاتل، يعطونه الأكبر فالأكبر». الطبري، جامع البيان، ج7، ص32.

في التفسير. إذ يذكر ابن حبيب أنّ «أوّل من جعل للبنات نصيباً من الإرث من الجاهليين هو ذو المجاسد عامر بن جشم بن غنم بن حبيب بن كعب بن يشكر، ورّث ماله في الجاهليّة، فجعل للذكر مثل حظّ الأنثيين، فوافق حكمه حكم الإسلام»[1].

ومجمل القول فيما يخصّ تشريعات الأسرة وأحكامها أنّ القرآن استعمل المنهج نفسه في سائر القضايا المتصلة بالحياة العمليّة للمؤمن بالدّين الجديد الذي خرج للتوّ من عادات الجاهليين المرتبطة بتصورات اجتماعية لا توافق مبادئ القرآن الروحية والأخلاقية، ولا تنسجم مع النزعة الهادفة إلى تقليص طابع العنف البدوي المهيمن على تنظيم الأسرة.

2-1-3- أعراف المعاملات:

قد تكون أهمّ المسائل، التي عالجها القرآن في المعاملات، هي العقود بدءاً من الآية الأولى من سورة المائدة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ﴾. ولئن دعت إلى جعلها قائمة على الأخلاق (الوفاء)، فإنّها فتحت المجال لبناء المعاملات على أسس جديدة لا تقطع مع العرف السائد ولا تستمرّ في منطق الثقافة التشريعية القديمة، وكان فهمها منذ البداية قائماً على معاني ثقافة الجاهليين، أي تلك التي عاقد بعضهم بعضاً على النّصرة والمؤازرة والمظاهرة على من حاول ظلمه أو بغى عليه، وهو معنى الحلف الذي كانوا يتعاقدونه بينهم، ولخّصوه إثر ذلك في خمسة أشياء هي: عقدة النكاح، وعقدة الشركة، وعقد اليمين، وعقدة العهد، وعقدة الحلف[2].

---

(1) ابن حبيب، المحبّر، 236 و324.

(2) تقدّم رواية عن موافقة الرّسول لمفهوم العقود الجاهلي في الآية: حدثنا بشر بن معاذ قال: حدثنا يزيد قال: حدثنا سعيد عن قتادة في قوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المَائدة: 1]، أي: بعقد الجاهلية. ذُكر لنا أن نبيَّ الله ﷺ كان يقول: أوفوا بعقد الجاهلية، ولا تحدثوا عقداً في الإسلام. وذكر لنا أن فرات بن حيَّان =

وبغضّ النّظر عن استمرار الدلالة العرفية لبعض عبارات القرآن وصيغها في بداية الدّعوة، فإنّ القرآن سعى إلى بناء رؤية جديدة للعقود والمعاملات كرّست تحريم بعض أصنافه وتقييد عدد من المعاملات بشروط جديدة مأخوذة من أعراف منطقة «الهلال الخصيب»، وأبرزها تحريم الرّبا الصريح: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البَقَرَة: 275]. وقد ورد ذلك تدريجياً في عدد من الآيات في سورة الرّوم ثم آل عمران ثم البقرة[1]. والجدير بالملاحظة أنّ الربا كان معمولاً به في مكّة، وازدهر مع نموّ المعاملات التجارية بها وفق ما يذكره هنري لامانس (Henri Lamens 1937)[2]. وهو من إرث اليهود في المعاملات التجارية نصت عليه التوراة[3]. وإذا كان مفهوم الرّبا القرآني غائماً من ناحية دلالته الثقافية (العرفية) في ذلك الحين مثلما ألمح إليه الرّازي[4]، فإنّ ابن عبّاس كان يرى أنّ المقصود هو ربا النسيئة، وليس الفضل الذي كان يعني الزيادة في الوزن والكيل بسبب التفاضل وهو المعروف ببيع الذهب

= العِجلي سأل رسول الله ﷺ عن حلف الجاهلية، فقال نبي الله ﷺ: لعلك تسأل عن حِلْف لخْم وتَيْم الله؟ فقال: نعم، يا نبي الله! قال: لا يزيده الإسلام إلا شدة. الطبري، جامع البيان، ج1، ص106.

(1) راجع مقال «ربا» (RIBA) لـ: شاخت (Schacht) في دائرة المعارف الإسلامية (النسخة الفرنسية)، المجلّد الثامن، ص508-510.

(2) Henri Lammens, La Mecque a la veille de l'hégire, Imprimerie catholique, Beyrouth, 1924, p.139.

(3) «وللأجنبي تقرض بربا، ولكن لأخيك لا تقرض بالرّبا». سفر التثنية، الأصحاح الثالث والعشرون.

(4) لا يقدّم القرآن تعريفاً واضحاً للرّبا، وهذا ما فسح المجال لفهمه وفقاً لعرف المتخاطبين حينها بمعنى ربا النسيئة، أي زيادة الدّيْن بسبب الأجل سواء كان دين قرض أم ديْن بيع، وهو المشتهر بين عرب الجاهلية، إذ «كانوا يدفعون المال على أن يأخذوا كلّ شهر قدراً معيّناً، ويكون رأس المال باقيّاً، ثم إذا حلّ الدّيْن طالبوا المديون برأس المال، فإذا تعذّر عليه الأداء زادوا في الحق والأجل». انظر: الرّازي، مفاتيح الغيب، ج7، ص72.

بالذهب أو الفضّة بالفضّة أو التمر بالتمر، وقد استند في ذلك إلى ما تعارف عليه النّاس في فهمهم لمعنى الرّبا زمن التنزيل قبل نشأة الفقه ومدارسه[1].

وقد تتبدّى لنا من خلال تشابه الموقف القرآني مع مواقف الشرائع المسيحية الرّافضة للرّبا لما يمكن أن تثمره من مساوئ سلبية على العلاقات الاجتماعية ودوره الخطير في حط القيم الأخلاقية والابتعاد عن الفضيلة، وهو ما يظهر أثر المورد السرياني المسيحي في التعديل من جهة[2]، إضافة إلى ما عرفته علاقة المسلمين باليهود في المراحل اللاحقة من توتر انتهى بصراع دموي وقطيعة طويلة[3].

وإذا كان الموقف من الرّبا يلخّص أهم تجلّيات المبادئ الأخلاقية للقرآن في باب المعاملات، فإنّ الموقف من الدّين والعقود يمثّل استمراراً لهذه المبادئ ومحاولة لإخضاعها لمنظومة جديدة تتلاءم مع سيرورة المجتمع الذي يتجه نحو الانتظام ضمن إطار جديد هو عالم المدينة دون القطع مع الإرث العرفي القائم حينها، فآيات الدّيْن الواردة في سورة البقرة[4] تتضمّن مبدأ

---

(1) ياسين، عبد الجواد، الدّين والتديّن، ص309.

(2) "وَإِنْ أَقْرَضْتُمُ الَّذِينَ تَرْجُونَ أَنْ تَسْتَرِدُّوا مِنْهُمْ، فَأَيُّ فَضْلٍ لَكُمْ؟...بَلْ أَحِبُّوا أَعْدَاءَكُمْ، وَأَحْسِنُوا وَأَقْرِضُوا وَأَنْتُمْ لَا تَرْجُونَ شَيْئًا، فَيَكُونَ أَجْرُكُمْ عَظِيمًا وَتَكُونُوا بَنِي الْعَلِيِّ، فَإِنَّهُ مُنْعِمٌ عَلَى غَيْرِ الشَّاكِرِينَ وَالأَشْرَارِ، «إنجيل لوقا» 6: 34-35.

(3) وقد ورد تحريمه في سياق تصاعد التوتّر بينهم و بين المسلمين في يثرب بسبب اعتراضهم على نشر الدعوة فكان استهدافاً للموارد الماليّة لهم المتأتيّة في غالبها من الرّبا ذاته، قبل أن يقع استهدافهم في مرحلة موالية عن طريق العنف و القتال وإجلائهم من يثرب. انظر علي، جواد: «المفصّل»، ج6، ص543.

(4) ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَلَا يَأۡبَ كَاتِبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُۚ فَلۡيَكۡتُبۡ وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبۡخَسۡ مِنۡهُ شَيۡـٔٗاۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ وَلَا تَسۡـَٔمُوٓاْ أَن تَكۡتُبُوهُ صَغِيرًا أَوۡ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ذَٰلِكُمۡ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ =

جديداً في التعامل هو تشريع العقود الكتابية التي لم تكن موجودة في ظلّ واقع تهيمن عليه ثقافة المشافهة، وتغيب فيه كلّ وسائط المكتوب لندرة الورق والصحف، فضلاً عن تأكيد أهميّة الشهود في كتابة تلك العقود وهي من المبادئ العرفيّة النموذجية للعقود عند السريانيين مثلما يلحظ ذلك جوزيف شاخت[1]. ومع ذلك فإنّ سياق نزول هذه الآية تضمن صلات وشيجة مع أعراف الجاهليين في المعاملات. فقد ذكر الطبري في تفسيره أنّ الآية نزلت في عرف «السّلَم»، وهو عقد يقتضي بيعاً مسمى أجله. ويصير وفقاً لذلك ديْناً على بائع ما أسلم إليه فيه[2]. ويُعدُّ هذا العقد من أعراف أهل يثرب حيث يذكر ابن عبّاس أنّ آية الدّيْن نزلت في «السّلَم» خاصة، أي سلم أهل المدينة فقد قدم الرّسول إليها «وهم يستلفون في الثمار السنة والسّنتيْن، فقال: «من أسلف فليسلف في كيْل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[3]. وقد أثارت هذه الآية جدالاً كبيراً في أوساط الفقهاء لاحقاً فمنهم من قصر دلالتها على «السّلم» دون غيره من أشكال الدّيْن فذهبوا إلى ما ذهب إليه ابن عبّاس، ومنهم من ذهب إلى أنّ المداينة المقصودة هي الدّيْن الناتج عن بيْع، مستبعدين أن يكون المراد هو القرض لأنّ القرض لا يمكن أن يشترط فيه الأجل وهو ما اشترطته الآية المذكورة سابقاً[4]، لكنّ المرجّح هنا هو أن صياغة الآية اللغوية قد فتحت باب الاجتهاد عند الفقهاء للتأويل اعتماداً على المبدأ الأصولي «العبرة بعموم اللّفظ لا بخصوص السبب» لتصبح دلالة الآية

= وَأَقْوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓاْ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِن تَفْعَلُواْ فَإِنَّهُۥ فُسُوقٌۢ بِكُمْ وَاتَّقُواْ اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [البَقَرَة: 282]

(1) Schacht, Introduction au droit musulman, p.27.

(2) الطبري، جامع البيان، ج6، ص43.

(3) مسلم بن الحجّاج، الجامع الصحيح، تحقيق محمّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ت)، ج3، ص1226.

(4) ياسين، عبد الجواد، الدّين والتديّن، ص315-316.

شاملةً جميعَ أشكال التداين، على الرغم من أنّها تتضمن مفردات «تشريعية - عرفيّة» في مجال المعاملات مثل كتابة الدّيْن، وواجبات الكاتب، ومسألة الولاية والأهليّة، والشهادة والشهود، وواجباتهم، والتمييز بين الدّيْن المدني والدّيْن التجاري الذي يُستثنى من حكم الكتابة ويستعاض عنه بالشهادة. وهذا ما يعني استحضاراً لخصوصية البيئة الثقافيّة القائمة على هيمنة المشافهة في صياغة العقود. كلّ ذلك يجعل الآية قابلة للانفتاح على عدد من الاحتمالات انطلاقاً من التصاقها الواضح بسياق اجتماعي معيّن زمن نزولها. وهو التصاق يؤكّد مرّة أخرى أنّ منطلقات التشريع القرآني كانت عرفيّة في أساسها.

وإجمالاً يمكن رصد أهم وجوه التعامل القرآني مع العرف في الاستنتاجيْن الآتييْن:

- أنّ القرآن تعامل بمنطق قوامه التبنّي والتعديل، وأن دوافع التعديل كانت تتماهى مع خلاصة التصوّرات العقائدية الأخلاقية لدين توحيدي يرنو إلى الانعتاق من حدوده القبلية والعرقية، وذاك ما يفسّر تعدد مصادر التشريع العرفي داخله.

- أنّ مقتضيات الواقع التاريخي وقانون التغيّر الاجتماعي من دوافع هذا المنطق المزدوج في التعامل مع العرف، فقد تزامن بناء الشريعة الذاتية للمسلمين (آيات الأحكام) ببوادر تشكّل جنيني لحكم مركزي هو الدّولة، ولئن ظهرت تلك البوادر تاريخياً مع صحيفة المدينة التي منحت الرّسول دور المرجع المحكّم في النّزاعات، فإنّ الناحية الأنثروبولوجية تقدّم تفسيراً آخر لعلاقة موسعة بين الدّين والعرف وظهور الدّولة، وقد يكون دافعه مقاومة الانقسام الاجتماعي، ويظهر أنّ احتواء القرآن لأعراف متعددة مظهر يعكس دور الدّين الموحّد والمقاوم للانقسام، وقد يكون ذاك أحد الأسباب الكافية التي تفسّر الاستيعاب ومرونة تعامل الدّين مع العرف[1].

---

(1) إنّ مرجع الأعراف الجاهلية ذاتي نابع من الجماعة ذاتها، وهو ما يفتح المجال =

2-2- العرف والسنّة النبوية:

لا يزال مصطلح السنة مثيراً لعدد من الإشكالات في حقل العلوم الدينيّة والسيرة والبحوث التّاريخية، ذلك أنّه لو تجاوزنا ما يحيل عليه الحدّ اللغوي للجذر من دلالة على الطريق المحمودة المستقيمة والنّهج والمسلك والسيرة الحسنة[1]، فإن المعنى الاصطلاحي الذي نشأ بعد وفاة الرّسول وعصر تشكّل مدرسة الحديث يشير إلى دلالة مغايرة استقر أثرها في المدونات الأصولية والفقهية، وهو يعني كلّ ما روي عن الرّسول من أقوال وأفعال ترتقي إلى مبدأ القداسة لتشكّل معياراً للسلوك القويم الذي ينبغي أن يكون عليه المسلم طول حياته، ليتحوّل الرسول من شخصيّة تاريخية إلى شخصية مقدّسة أسبغت عليها هالة من الأسطرة التي ترفعه عن مقام الكائن البشري المتفاعل مع قضايا الاجتماع الذي عايشه وجادله وتفاعل معه. ومن هنا نشأ الإشكال انطلاقاً من تصوّر آخر رأى في الرّسول شخصية متعالية عن الواقع، وكائناً مثاليّاً لم تكن له علاقة بسياقه الواقعي إلا من خلال أوامره ونواهيه فحسب. لكنّ مراجعة دقيقة لجملة من المعطيات التّاريخية تكشف مدى زيغ هذه الرؤية وانحرافها عن الحقائق الموضوعية للتّاريخ، فلو راجعنا السيرة النبوية في كتب القدامى لتأكّد لدينا أثر التنشئة الاجتماعية في شخصية الرّسول لنتبيّن أنه لم يكن منقطعاً عما يعيشه مجتمعه من اعتقادات وأعراف وعادات شكّلت هوية الكائن الاجتماعي حينها. وقد أشار البشير المشري في

= للتعدّد ثم احتمال الانقسام. أما في الإسلام فقد غدا خارج الجماعة لأنه مفارق لها وإلهي (الدّين)، وهم بذلك مدينون بنظام عالمهم إلى تدخّل قوى غيبية، وقد يفسّر ذلك سرّ لجوء الجاهليين أحياناً إلى الكهنة للتحكيم أو اعتبارهم مراجع للأعراف. راجع: كلاستر (بيير)، وغوشيه (مارسيل)، أصل العنف والدّولة، تعريب علي حرب، دار الحداثة، بيروت، ط1، 1985م، ص30-36.

(1) ابن منظور، لسان العرب، فصل السين المهملة، مادة سنن، ج13، ص226. ويُرجع جواد علي أصل كلمة السنة أو السنّ إلى لهجات عرب الجنوب، وهي تعني عندهم الطريقة وقريبة من معنى القانون. راجع: المفصّل، ج5، ص475.

هذا السياق إلى تناقض أصحاب الرؤية في مواقفهم بين تأكيدهم على فردانية الرّسول التي تقتضي انقطاعه عن الجماعة، واجتماعيته التي كانت تبرّر وظيفته في التبليغ عن الله إلى الناس وضرورة تواصله معهم، وبين صورة طفولته ويتمه واشتغاله برعي المواشي واحترافه التجارة وزواجه وإنجابه من جهة، واصطفائه من الله ليكون شخصاً آخر مختلفاً عن الصورة الاجتماعية له من جهة ثانية[1].

إنّ السنّة، قبل أن تغدو مفهوماً دينياً، كانت مفهوماً تاريخياً عرف طريقه إلى الوجود لدى العرب الجاهليين قبل الدعوة الإسلامية، وهي تعني ضرباً من السيرة النّموذجية، فالفعل «سنّ» يحمل دلالة حافّة تعني «وضَع نمطاً من السّلوك وسوّاه نموذجاً يقتدي به الآخرون». وتشير الرّوايات القديمة أنّ عرب الشمال في القرن الخامس الميلادي كانوا يروْن في إسماعيل مثلاً أشبه ما يكون بالرّجل الصّالح الذي ترك لهم مآثر حسنة ونهجاً قويماً في الحياة، وقد غدا هذا المفهوم شائعاً بين العرب وجزءاً من تقاليدهم الاجتماعية، فمن الممكن أن يوفرّ كلّ شخص عرفاً من خلال استقامة أخلاقه وتأثير شخصيته في الآخرين، فضلاً عما يتمتع به من حظوة بين أهله وعشيرته. فيكوّن سنّة حميدة، أي سيرة نموذجية يقتدي بها الناس حوله. وفي هذا السياق تعج أخبار الجاهليين بمثل هذه الظواهر، إذْ يذكر البعض أن المتلمّس الشاعر كان يرنو إلى ترك سنّة تتبع فيما بعده. وقد ظلّ مفهوم السنّة تقليداً عربياً شائعاً منذ

---

(1) يعرض البشير المشري هذه التناقضات من خلال أسئلة يطرحها على القرّاء والمسلمين متبيّناً في النّهاية أنّ سبب هذا الإشكال هو تأكيد الفكر السنّي -على وجه الخصوص- على مفهوم «فردنة السنّة» (Individualité de la tradition) التي تحاول إنكار طابع الإنسان العادي المنخرط في منظومة عيش مجتمعه وعدم انقطاعه عنها. ويبدو، في رأينا المتواضع، أن منزع تقديس الرّسول إلى حدّ التأليه ربما يعود إلى الجدل بين المسلمين والنّصارى حول نبوة الأنبياء ومعجزاتهم وأفضلية كل نبي على آخر. راجع: المشري، الموروث وأثره، ص25-26.

الجاهلية إلى حدود القرن الأوّل، واقترن بسلوك الأفراد وليس بسير الأمم فحسب[1] مثلما يشير القرآن إلى ذلك في أكثر من موضع[2].

وبعيداً عمّا أقرته المدونات الفقهية والأصولية والكلاميّة، فإنّ الرّسول -من النّاحيّة التّاريخية- لم يكن بالنسبة إلى أتباعه إلا كائناً بشرياً خالياً من كلّ الصفات الإلهية خلافاً للمسيح، لكن مع وفاته وإثر نجاح رسالته وانتشار دعوته، تحوّل تدريجياً إلى أهم شخصية عرفها العرب. ومع هذا إنّ الصورة الأولى التي حملها أتباعه كانت دليلاً واضحاً على أنّه كائن يتفاعل مع قضايا عصره ومصره، ويحاول إيجاد أجوبة على الإشكالات التي تحيط بالجماعة دون أن يكون لديه وعي لبناء شريعة متكاملة ونهائيّة تحظى بقبول الجميع. ويبدو أنّ الإشكال المطروح في تعامل الرّسول مع الأعراف يكمن في ازدواجية الدّور الذي كان مناطاً بعهدته، فهو مبلّغ للرّسالة وشارح لها من جهة، ومتقلّد لوظيفة التحكيم والسّهر على شؤون المجتمع الجديد النّاشئ من جهة أخرى. ولذلك يبدو طبيعياً أن نجد منهج تعامل الرّسول مع الأعراف هو ذاته الذي تعامل به الوحي، وقد يبدو مفيداً التنبيه إلى أهم ما أثمره هذا التداخل من مواقف تتراوح بين الرّفض والقبول يمكن إيجازها في المظاهر الآتية:

- إذا كان طبيعياً أنّ الرسول كان يتصرّف وفق ما كان يمليه عليه الوحي ليقرّ أعرافاً جاهليّة غير متعارضة مع عقيدة الإسلام سواء في الطقوس أم التشريع، فإنّ ما تورده الأخبار التّاريخية تظهر تبنّيه لبعض الأعراف التي لا نجد لها أثراً في القرآن مثل الرّجم الذي أقرّه في ظرف مخصوص مع يهود المدينة[3]، ودية

---

(1) حلاق، نشأة الفقه الإسلامي وتطوره، ص86.

(2) يشير القرآن إلى ذلك بعبارة سنّة الأوّلين، ونذكر منها، على سبيل المثال، الآيات الآتية: الحجر 15/ 13، الإسراء 17/ 77، الكهف 18/ 55.

(3) بغضّ النّظر عن مدى صدق الخبر من عدمه، إنّ الرّجم -وإن نُسب إلى سنة الرّسول التقريرية- يظل موضع شك. راجع سياق الحكم كما ورد في الموطّأ لمالك، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1985م، ج2، ص819.

الخطأ على العاقلة بصورتها الجاهليّة، وكذلك القسامة، وقد يكون أكثرها إثارة للجدل عرف القود أثناء فتح مكة، إذ تذكر الأخبار أنّه لم يكن ممانعاً في تسليم القاتل إلى أولياء الدم بناء على حديث منسوب إليه: «من قتل له قتيل فهو بخير النّظرين، إن أحبّ أخذ العقل، وإن أحبّ فله القود»[1]. وتظلّ مواقفه من بعض العادات الأخرى، التي ترتقي إلى مرتبة العرف الملزم والشائع، أشدّ إثارة، ومنها على وجه الخصوص السبي[2]، ونكاح المتعة[3]، وشروط انعقاد الزّواج التي حافظ فيها على صورتها الجاهلية[4] واليهودية المتوارثة[5].

---

(1) رواه الرّبيع عن الشافعي مسنداً إلى شريح الكعبي. انظر: القرطبي، شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن، المجلد 2، ص253.

(2) ينقل البخاري عن أبي سعيد الخدري قول الرّسول الصريح في السبي أثناء غزو بني قريظة: «فإنّي أحكم أن تقتل المقاتلة، وأن تسبى النّساء والذريّة، وأن تقسم أموالهم». صحيح البخاري، ج5، ص144.

(3) من القضايا المسكوت عنها في الضمير الديني موقف الرسول من نكاح المتعة، فقد ورد الحديث عن المتعة في باب «نهي الرسول عن نكاح المتعة» عند البخاري مرخصاً فيه «... عن الحسن بن محمد عن جابر بن عبد الله وسلمة بن الأكوع قالا: كنا في جيش فأتانا رسول الله ﷺ فقال: إنه قد أذن لكم أن تستمتعوا فاستمتعوا» رواه البخّاري، الجامع الصحيح، ج7، ص16. وورد في صحيح مسلم عن عبد الله بن مسعود أنّه قال «كنا نغزو مع رسول الله ﷺ، وليس معنا نساء، فقلنا: ألا نستخصي؟ فنهانا عن ذلك، ثم رخّص لنا أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل، ثم قرأ عبد الله ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمۡ وَلَا تَعۡتَدُوٓاْۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلۡمُعۡتَدِينَ﴾ [المَائدة: 87]». أخرجه مسلم، صحيح مسلم، ج4، ص130.

(4) يروى عنه قوله: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن. قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت». بما يشي عدم خروج الرّسول عن العادات الاجتماعيّة للمجتمع التي كانت ترى في الصمت علامة الرّضا وإشارة إلى رغبة في الزواج عند المرأة بما ينطوي عليه من عقليّة تكرّس دونيّة المرأة، وقد كان ذلك أمراً معتاداً في ثقافة تلك المجتمعات. أخرجه البخاري، الجامع الصحيح، ج7، ص23. ومسلم، صحيح مسلم، ج4، ص140.

(5) الرؤية العبرية تربط خضوع المرأة للرجل بالخطيئة الأولى لحواء، ويقرّ بولس =

- إنّ الدّور التبليغي للرسالة اقتضى ممارسة الدّور ذاته الذي قام به الوحي في رفض أعراف متعارضة مع مبادئ التوحيد الأخلاقية، فكان أن رفض المعاملات والعقود الرّبوية من أهمّ المواقف المنقولة في سنته التقريرية مثل السلم[1]. فقد روى البخاري أنّ الرسول قدم إلى المدينة والنّاس يسلفون بالتمر السنة والسنتيْن والثلاث، فقال: «من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[2]. وبيع الملامسة والمنابذة والمزابنة[3].

هكذا تقدّم لنا العديد من أمثلة الحياة اليومية للنبي نموذجاً لسيرة تداخلت فيها القيم الدينية المشبعة بروح الأخلاق السامية المثالية باعتبارات دنيوية وتاريخية وبإكراهاتها التي جعلت الرّسول بشراً مقيّداً بأطر زمانه ومكانه محاطاً بكلّ ما كان يقتضيه الاجتماع من أعراف مثّلت قوانين مرجعيّة للفرد والجماعة، ونماذج تُحتذى في السلوك والانتظام[4]. فكانت تلك الأعراف

= الرّسول في رسالة إلى أهل كورنيثوس بوجوب تعلّم المرأة وتلقيها للأوامر وهي صامتة، وأن تحافظ دوماً على السكوت في علاقتها بالرّجل، راجع: ياسين، عبد الجواد، الدّين والتديّن، ص375.

(1) وهو أن يعطى مالاً في سلعة إلى أجل معلوم، بزيادة في السعر الموجود عند السلف، وذلك منفعة للمسلف. والسَّلَم والسَّلف بمعنى واحد، وهو القرض الذي لا منفعة فيه للمقرض، غير الأجر والشكر. الزبيدي، مرتضى، تاج العروس، ج23، ص454.

(2) أخرجه البخاري عن ابن عبّاس، فتح الباري، ج3، ص111.

(3) بيع ما ليس عنده يتضمّن نوعاً من الغرر، وهو بيع شيء ليس ملكه. وهو يشبه القمار نهى عنه الرسول مثلما نهى عن بيع المعدوم في حديث «لاتبع ما ليس عندك» رواه الترمذي والنسائي. والمنابذة تعني طرح الرجل ثوبه بالبيع دون نظر أو تقليب. والملامسة يكتفي فيها الشاري بلمس الثوب فحسب. والمزابنة خلاف العرايا هي بيع الثمر بالتمر كيلاً، وبيع الكرم بالزبيب كيلاً، وهو كذلك شراء الثمر بالتمر في رؤوس النّخل. راجع: صحيح البخاري، ج3، ص91، 98، 99. ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط27، 1995م، ج5، ص716.

(4) وهذا ما ينطبق على تعريف ابن خلدون للإنسان عامّة سواء في البداوة أم في الحضر =

مستمدّة من طبيعة العيش ونمطه وطرق التجاور والاتصال وأشكال استغلال الثروة والتعامل مع مصادر العيش المؤمِّنة لبقاء الإنسان في تلك الظروف. وقد لمحنا في الأخير أهمية نظام القرابة وسطوة الرّوابط الدموية والصلات القبلية في رسم أيّ بناء تشريعي جديد وتعبيد الطريق له، وهو ما سيتجلّى لنا بوضوح في المرحلة التي تلت العهد النبوي.

2-3- العرف وتجربة الخلفاء:

إن الميزة الأساسية، التي طبعت تجربة الخلفاء في هذا المجال، هي تواصل الصراع الحادّ بين الوفاء لتعاليم الرّسالة المحمدية بكلّ دلالاتها الرّوحية والأخلاقية من جهة، وعسر التخلّص من ثقافة الجاهلية التي تعوّد النّاس عليها قبل مجيء الإسلام. فقد كشفت الصراعات السياسية والعسكرية التي خاضها أبو بكر عن رسوخ جانب من تلك العادات الجاهلية الباقية. وتكشف المصادر التّاريخية أنّ حروب الردّة لم تخلُ من ممارسات شائنة لا صلة لها بتعاليم الإسلام الرّوحية والأخلاقيّة، فقد تواصلت أعراف سبي النّساء والأطفال وقتل الأسرى وإحراقهم أحياناً، فعلى الرغم ممّا أُثر مثلاً عن أبي بكر من تعاليم أخلاقية سامية خاصة في وصاياه إلى الجند الفاتحين[1]،

= في قوله: «وأصله أن الإنسان ابن عوائده ومألوفه لا ابن طبيعته ومزاجه، فالذي ألفه في الأحوال حتى صار خلقاً وملكة وعادة تنزل منزلة الطبيعة والجبلة، واعتبر ذلك في الآدميين تجده كثيراً صحيحاً». المقدّمة، ص100.

(1) يتحدّث كثير من الأخبار عن حرص أبي بكر على عدم إتيان عادات الجاهليين في الغزو مثل نهيه عن قتل الأطفال والمثلة، وكراهة بعض عاداتهم الأخرى مثل الحج المصمّت والكهانة، لكنّ صمته عن سلوك خالد بن الوليد في قتل مالك بن نويرة وحرق أحد المرتدين (الفجاءة السلمي) حياً يؤكّد صعوبة التخلّص من أعراف السلف الجاهلي. راجع: السيوطي، جلال الدّين، تاريخ الخلفاء، تحقيق حمدي الدمرداش، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط1، 2004م، ص81-83. وأبو الفداء، المختصر في أخبار البشر، المطبعة الحسينية المصرية، القاهرة، ط1، (د.ت)، ج1، ص158. الطبري، تاريخ الأمم والملوك، ج2، ص266، ص291.

ظلّت فترة حكمه شاهدة حقاً على استمرار هذا التناقض بين القول والفعل، ومنها حكمه الفقهي الذي يشترك فيه مع عمر في عدم قتل الحرّ بالعبد حفاظاً على التراتبية الرمزية التي صنعتها أعراف القبائل العربية وأقرّها النص القرآني[1].

وإذا كانت مرحلة أبي بكر القصيرة قد ثبّتت عسر التحوّل من ثقافة تشريعية قديمة إلى ثقافة جديدة، فإن مرحلة عمر بن الخطاب (ت 23هـ/ 644م) قد تكون مهمة ومفصلية في تقرير الكثير من القواعد الفقهية انطلاقاً من تجربة سياسية وعسكرية ألقت بظلالها على الصلة بين النصّ الديني والعرف. إذْ عرفت هذه المرحلة تطورات حاسمة ستخلّف آثاراً بارزة على الفقهاء فيما يتصل بكثير من قضايا التشريع. فقد كانت مرحلته موسومة بعهد الفتوحات التي وجد فيها عمر أفضل سبيل لتجنب تكرار «حروب الردّة» المهدّد لكيان دولة ضعيفة وناشئة ولتجاوز التطاحن بين القبائل في تلك الفترة. ويبدو أنّ تراوح الواقع بين رسوخ القيم الجاهلية وصعوبة التخلّص منها من جهة، وبداية التحول الاقتصادي في تكدّس الغنائم التي أثمرتها حركة الفتح من جهة أخرى، قد جعل التعامل مع العرف يتخذ مسلكين أساسيين:

- تمثّل الأول في عدم القدرة على التخلّص من الإرث الجاهلي القديم، لأنّ هذه المرحلة شهدت تراجعاً جزئياً عمّا سنّه القرآن وأقرته المرحلة النبوية، وخصوصاً تلك المتعلّقة بالجنايات. إذْ وقعت استعادة جزء من الإرث القديم في باب التشريعات، وخصوصاً تلك المتعلّقة بمسألة الزّنى[2]. وأثبتت

---

(1) السيوطي، تاريخ الخلفاء، ص81.

(2) على الرغم من أنّ الأخبار تذكر أنّ عمر هو أول من أقرّ عقوبة الرّجم فعلاً في الإسلام، وفقاً لرواية يذكرها ابن عبّاس عنه في خطبة السقيفة أنّه قال فيها: «وكان فيما أنزل عليه آية الرجم، فرجم رسول الله ورجمنا بعده، وإني قد خشيت أن يطول بالناس زمان فيقول قائل والله ما نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها =

أخبار أخرى عمله بالعرف الجاهلي في قتل الجماعة بالواحد[1]. وتمّ التراجع عمّا قرّره القرآن في باب السرقة بتعويض القطع بالجلد لصعوبة تطبيق هذا الحدّ الذي لم يتعود عليه العرب منذ الجاهلية[2]. وعرفت مسائل الميراث والمهر جدالاً بين الصحابة في مدى تطابق أحكامها مع أحكام القرآن والسنة، وحدود مواءمتها للأوضاع الاجتماعية القائمة، وهو ما كشف لنا مرّة أخرى التوتر السائد بين الحنين إلى القواعد الاجتماعية المترسّبة والطموح الديني الجديد للتغيير في اتجاه وضع يندمج فيه المسلم مع متغيّرات الاجتماع والاقتصاد[3]. ويرد من الأمثلة تلك التي سردت اختلاف عمر مع بعض الصحابة في اجتهاده، ثم تراجعه عن بعض مواقفه لتظهر فعلاً منحى الصراع بين القديم والجديد وصعوبة التخلّص من الرواسب العرفية الرّاسخة. ونجد في بعض فتاوى عمر من قضايا الميراث دليلاً آخر على صعوبة التخلّص من العرف القديم، وأبرز أمثلتها مسألة عرفت حينها باسم

= الله»؛ تتحدث بعض الأخبار الأخرى عن تسامح عمر في بعض الجنايات التي عرفت ملابسات معينة كالإكراه أو الاعتراف والندم أو جهل الحدود. راجع: الطبري، تاريخ الأمم والملوك، ج2، ص235. السرخسي، شمس الدّين، المبسوط، تحقيق خليل محيي الدين الميس، دار الفكر، بيروت، ط1، 2000م، ج9، ص89.

(1) "قال مالك: الأمر عندنا أنه يقتل في العمد الرجال الأحرار بالرجل الحر الواحد، والنساء بالمرأة كذلك، والعبيد بالعبد كذلك". الموطّأ، ج2، ص872.

(2) يبرّر العديد من المؤرّخين المسلمين إسقاط عمر لحدّ السرقة بالظروف الطارئة التي مرّت بالمسلمين (عام المجاعة)، لكن هناك رأياً آخر يذكره شاخت نقلاً عن السريانيين (القديس جون الدمشقي) المعاصرين لتلك الفترة يرى أنّ عدم تعوّد العرب على هذا الحدّ واستبدال الجلد به هو سبب التراجع بما يدعم فكرة استمرار الإرث العرفي بعد وفاة الرّسول. راجع: Schacht, Introduction, p.27.

(3) ومن أبرز أمثلتها الخلافات الفقهية بين علي وعمر في مسألة المعتدّة إذا تزوّجت بزوج آخر، إذ رأى علي أن المهر لها، وخالفه عمر في أن المهر لبيت المال، ثم تراجع عن ذلك، وهو ما يفسّر صعوبة تقبّل الإصلاحات التي أحدثها القرآن على وضع المرأة. راجع: السرخسي، المبسوط، ج9، ص86.

«الحمارية»[1]، وهي التي يجتمع فيها إرث المتوفاة: زوج وأم وأخوان لأم وأخوان شقيقان. فلما كان الواجب إعطاء أصحاب الفروض حقّهم أولاً، فقد قضى عمر بأخذ الزّوج النصف والأم السدس والأخوين للأم الثلث. وهكذا استغرق أصحاب الفروض التركة عملاً بقول الرّسول «ألحقوا الفرائض بأهلها»[2]، فلم يبقَ شيء للأخوين الشقيقين الوارثين بالتعصيب. والحال أنّ الاستحقاق يكون لهما وفقاً للنّظام العرفي القديم. وقد انتهى حلّ المشكل بتقسيم الثلث المتبقي على الإخوة جميعاً بالتّساوي، وهو الرأي الذي خالفه علي بن أبي طالب وأبو موسى الأشعري وأُبي بن كعب[3]. ويرد الخلاف أيضاً في معنى «الكلالة» عاكساً لهذا التوتّر بين القديم والجديد، وملخّصاً لعسر الانتقال إلى وضع تشريعي جديد بمرونة[4].

- أما الثاني، فتبعاً لبقاء عدد من أهالي البلدان المفتوحة على دياناتهم، وما ترتب عليه من محافظة على نمط عيشهم بما فيها عاداتهم وتقاليدهم،

(1) سميت المسألة بالحمارية من الطريقة التي بيّن بها الإخوة الأشقاء حقهم في التسوية بالإخوة للأم، وطرح كونهم من العصبات، وعبارتهم في هذا «هب أنّ أبانا كان حماراً أو حجراً ملقى في اليم، ألسنا من أمّ واحدة». السرخسي، المبسوط، ج29، ص285.

(2) حديث «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأَوْلى رجل ذكر». أورده البخاري ومسلم وابن ماجه، صحيح البخاري، ج8، ص178.

(3) راجع: البلتاجي، محمد، منهج عمر بن الخطاب في التشريع، دار الفكر العربي، بيروت، (د.ت)، ص316.

(4) من المعروف أنّ مسألة الكلالة في الميراث كان محلّ جدل بين الصحابة ومثار خلافات كبيرة بينهم، وقد ظلّت المسألة محفوفة بكثير من الغموض بسبب المعنى العرفي المختلف فيه بين القبائل والمناطق. وقد أورد الطبري في تفسيره أكثر من رواية عن معناها، فهي عند البعض ما خلا الولد والوالد وعند البعض الآخر ما دون الأب، وعند آخرين من ليس له والد ولا ولد...، ويروى أن عمر بن الخطاب قد كتب كتاباً في الكلالة، فلما حضرته الوفاة محاه وقال: «ترون فيه رأيكم». وقال ابن القيم: «أقرّ عمر بأنّه لم يقضِ في الكلالة بشيء وقد اعترف أنّه لم يفهمها». راجع: البلتاجي، منهج عمر بن الخطّاب، 319-321.

كان طبيعياً أن تظلّ أعرافهم معمولاً بها في مختلف أنشطتهم الاجتماعية والاقتصادية. وكان ذلك حتمياً لإدخال جملة من التغييرات في مسائل متعددة، ووفقاً لتصور يراعي هذه التطورات، ويستجيب لتلك المقتضيات، فكانت سياسة عمر قائمة على استغلال الموروث الذي خلّفته القوتان العسكريتان في الشام والعراق. ومن هنا جاء حلّ مشاكل ملكية الأرض عبر الاستفادة ممّا تركته تجارب تلك الشعوب من أعراف الأجنبية كالخراج ذي الجذور الإغريقية والسريانية، والوقف ذي الأصول الرّومانية[1]. وكانت الجزية على الرؤوس وسيلة توفّر للعرب الفاتحين لقمة العيش وتدعم جهود الدولة في دفع رواتب الجند وما إليها[2]. وهو موروث ملائم لحياة حضرية ومجتمعات ألفت منطق مؤسسات الدّولة. وجاء إنشاء بيت المال وضبط العقوبات وتنظيم الجند وتعيين العمّال على الأمصار وفقاً لما كان معروفاً لدى البيزنطيين والفرس[3]، مكرّساً لبناء مؤسسات الدولة وتوطيد أركانها

---

(1) مقال: «خراج» «Khradj» لكلود كاهين (CL. Cahen)، دائرة المعارف الإسلامية (النسخة الفرنسية)، المجلّد الرابع، ص1062-1066.

(2) جعيط، الفتنة، ص47-52.

(3) تم إنشاء ديوان الأموال في السنة الخامسة عشرة للهجرة عملاً بأعراف الفرس في تنظيم الإدارة، وكانت الغاية منها فضلاً عن توزيع الزكاة حسن التصرّف في الغنائم الواردة من البلدان المفتوحة. راجع: الطبري، تاريخ الأمم والملوك، ج2، ص570. والماوردي، أبو الحسن، الأحكام السلطانيّة، دار الحديث، القاهرة، (د.ت)، ص297، وتزامن بعث المؤسسات مع ضبط العقوبات وفرض الممنوعات والمحرّمات بناء على اجتهاده، فسن عقوبة شارب الخمر بالجلد، وحرّم زواج المتعة الذي لا يخفى، بحسب شاخت، تأثره بعادات السريانيين في تحريمهم للعلاقات الجنسية غير المشروعة خشية اختلاط الأنساب، بما لا يساعد على الانتقال إلى حياة حضرية منتظمة، وحرّم بيع أم الأولاد من الإماء، وفرض انضباطاً اجتماعياً عبر الشعائر الدينية المستحدثة، مثل قيام الليل وصلاة التراويح. ويبدو واضحاً أنّ اعتماده للتقويم الهجري كان يهدف إلى إعطاء الجماعة الجديدة هوية في الزمان إضافة إلى ما في التقويم من رغبة في الضبط من خلال منح الجماعة مرجعية فكرية =

وإضفاء بعدها المركزي الذي يفرض الوحدة. وقد تجسّد ذلك -إضافة إلى استعمال الموروث العرفي الأجنبي- في تشريع أعراف جديدة مثل المقاييس التي سُنّت في العطاء بحسب القرابة من النبي وأسبقية الإسلام لإعادة بناء هرميّة اجتماعيّة أخرى تعمل على تقليص قيم الانتماء القبلي لفائدة الانتماء إلى الدّين والأمة. ومن ثمّ محاولة القطع مع الإرث الجاهلي بما يحيل عليه من قيم التشتت والتقوقع على الذات الذي يزيد في دعم منطق الهامش بديلاً للمركز.

ومنتهى القول في تجربة الخلفاء، ولاسيما الفترة العمرية، أنّها كانت مرحلة مميزة في بناء التشريع الإسلامي. ومثل ركناها الأساسيان سندين كبيرين هما: أخلاقيات القرآن التي دعمها عمر وجعلها مركزية داخل القبائل والأمصار من ناحيّة، والأصول العرفية المنظمة للحياة الاجتماعية والاقتصادية في المناطق المفتوحة والخاضعة للدولة الإسلامية آنذاك من ناحية أخرى. وتولّد عن هذا الالتقاء عدد من التناقضات انتهت بضبط الكثير من القواعد في تلك الفترة لتغدو فيما بعد أصولاً ثابتة من أصول التشريع دون أن يكون مستندها في الغالب الوحي الإلهي، فحدّ عقوبة شارب الخمر مثلاً كان قياساً على حدود الزنى. لكنّ الخطوط العريضة التي وفّرها النصّ ذاته كانت الأهم للتعامل مع العرف الاجتماعي قبل أن يتحوّل إلى حكم فقهي لازم. وقد تكون عملية تدوين المصحف في هذا السياق حاملة لدلالات تشريعية أكثر من أيّ دلالة أخرى[1]، ألا وهي استكمال بناء الهويّة التشريعية «القانونية» للجماعة الإسلامية، بحثاً عن وحدة مصادر تشريع كان مفتقداً في الجزيرة العربيّة، وهو عمل بدأت ملامحه الأولى في الظهور عند

= في الزمن تقطع مع المرجع الجاهلي، ويكون منطلقها حدث الهجرة بدلالاته الرّمزية المرتبط بأساطير التأسيس في المخيال الجمعي. راجع: حلاق، وائل، نشأة الفقه الإسلامي وتطوّره، ص49.

(1) حلاق، (م.ن)، ص65.

أواخر حياة الرّسول، واستمرّت مع الخلافة الرّاشدة إلى حدود نهاية القرن الأوّل مع الخلافة الأموية (41هـ/ 661م-132هـ/ 749م) حين أصبح المجال مفتوحاً أكثر للاستفادة من أعراف الحضارات الأخرى. وتزامن ذلك فعلياً مع ظهور دعائم حكم مركزي يحاول السيطرة على الأطراف ويعمل من أجل خدمة الدولة أكثر من الدّين. وكان المبدأ العامل فيه الاحتفاظ بالبنية الإدارية القائمة في البلاد المفتوحة، وهو المدخل الذي تسرّبت عبره الثقافة العرفية الأجنبية وقواعدها في التشريع والقانون. فكان الوضع القانوني لأهل الذمّة مشابهاً لوضع الأجانب في الإمبراطورية البيزنطية إلى حد كبير[1]. وجاء مفهوم الحسبة، الذي طبّقه في البداية عمر بن الخطّاب، متطابقاً مع وظيفة «مفتش السوق» عند الرومان (Agoronomos)[2]. وظلّت وظيفة القاضي تبعاً لذلك متأرجحة بين مهامه السالفة في التحكيم بين المتنازعين وفقاً للتقاليد العربية العرفية القديمة، والمهام الجديدة التي تقتضي تبعيته للسلطة السياسية وارتباطه العضوي بها، وتوظيفه للكتابة والتدوين بغية التحقيق في القضايا، وما كان يقتضيه ذلك من تنظيم إداري للقضاء على المنوال الساساني الفارسي[3].

---

(1) بناء على عقد الذمّة، وهي عبارة تقابل مصطلح (Fides) في القانون الرّوماني، كان على اليهود والنّصارى الخاضعين للحكم الأموي أن يدفعوا الجزيّة مقابل ضمان حرّيتهم واحتفاظهم بحق التقاضي بحسب قوانينهم الملّية المطبّقة بوساطة محاكمهم الخاصّة. وعلى الرغم من أنّ أسس التعامل مع أهل الذمّة تعود إلى عهود سابقة، فإنّ التشريعات التفصيلية المتعلّقة بهم هي من عمل الأمويين. راجع: كلسون، نوال، تاريخ التشريع الإسلامي، ص50-51.

(2) ظهرت وظيفة الحسبة في البداية مع عمر بن الخطاب، وفقاً للطبري الذي يذكر أنّه «أول من حمل الدرّة وضرب بها»، ثم تحوّلت تدريجياً إلى تكليف الولاة لأعوان لمراقبة السوق، إلى أن استقرت نظاماً إدارياً متكاملاً في العهد العبّاسي. راجع: شلق، الفضل، الأمة والدّولة، دار المنتخب العربي، بيروت، ط1، 1993م، ص140-141.

(3) Schacht, Introduction, p.32.

وعلى الرّغم من تواصل المؤثرات الجاهلية قائمة في التشريع بسبب استمرار بقاء روابط القبيلة في المجتمع، فإن توسّعاً طبيعياً ومنطقياً لجماعة إسلامية آخذة في الانسجام تدريجياً مع منطق دولة ساعية إلى حماية مجالها وضبطه والسيطرة عليه ودعم طابعها المركزي، قد آل بهذا المجتمع إلى ضرورة الانفتاح على تجارب أمم سابقة تمتلك إرثاً تشريعياً كبيراً ومتنوعاً منسجماً مع الحياة الحضرية ومعاش المدن والأمصار. ولذلك كان التوتر قائماً ومستمرّاً تجسّد بصفة خاصة في مثال ميدان القضاء وعلاقته بالعرف.

2-4- العرف ونشأة القضاء:

كان النشاط القضائي، طول القرن الأوّل وبداية القرن الثاني للهجرة، عاملاً من العوامل المساعدة على إدماج العرف ضمن الآراء الفقهية اللاحقة. وبغض النّظر عن الظروف والملابسات الغامضة التي حفّت بنشأة هذه الوظيفة، لم يكن المسلمون في بداياتهم واعين بأهميتها وقيمتها في ظل استمرار مبدأ التحكيم العرفي نشاطاً «قضائياً» بديلاً. فلا تذكر لنا المصادر التاريخية تعيين الرسول ولا الخلفاء من بعده لقضاة بالمعنى التقني والاصطلاحي للعبارة، بل كان الغالب تعيين ولاة أو قادة جيوش يجمعون بين مهام الوعظ والتحكيم والإشراف على الجند وتسيير بيت المال. وقد استمرّ هذا الوضع إلى حدود نشأة الخلافة الأموية وخلالها.

وقد تكون هذه الملابسات الحافة عاملاً مساعداً لنا على اكتشاف المؤثرات التي دفعت القضاء إلى تبنّي الأعراف الاجتماعية سواء العربيّة ذات العلاقة بالحياة القبلية أم الأجنبية ذات العلاقة بالشعوب وأهالي المدن وسكان الأمصار. ويمكن حصر هذه العوامل في ما يأتي:

- أولاً: أنّ عدم اكتمال المصدر التشريعي في سياق زمن الدعوة وأثناء الفتوح والبعثات الأولى، التي كلّف فيها الرّسول بعض الصحابة بمهمة القضاء بين النّاس، جعل من مبدأ التحكيم العرفي والجاهلي القديم مستمراً

مثلما تشهد عليه بعض الأخبار التاريخية من السيرة. ولاسيما مع حادثة تكليف علي بن أبي طالب بتلك المهمة أثناء بعثته إلى اليمن[1]. ولا يقتصر هذا الوضع على المرحلة النبوية فحسب، بل استمرّ طول عقود إلى حدود الخلافة الأموية. فالكثير ممن وقع تعيينهم في منصب القضاء لم تكن علاقتهم بالفقه تتعدّى كونهم حكّاماً سابقين لقبائلهم، وحاملين لزاد من التجربة، ومشهوداً لهم بالخبرة والقدرة على التأثير مثلما كان الحال في الجاهلية مع الكهّان ورؤساء القبائل. ففي العهد الأموي كان عدد من القضاة أميين يجهلون الكتابة والقراءة مثلما هو الشأن مع عابس بن سعيد المرادي الذي عينه معاوية (ت 60هـ/ 680م) على الفسطاط، وهو أحد أوائل القضاة الذين وظّفوا التجربة والمعرفة بقواعد التشريع العرفي للقبائل ولم يكن ذلك يثير اعتراض السلطة المركزية[2].

- ثانياً: تعدّد مصادر التشريع، ففضلاً عن استمرار الاحتكام إلى الأعراف القبليّة وتعاليم القرآن التي كان الخلفاء متمسكين بها، كان التعامل مع غير المسلمين يعتمد على تولّي تلك المجتمعات تدبير شؤونها بنفسها مثلما كانت قبل الإسلام. وقد نجمت عنها نتيجتان هما: محدودية نفوذ القاضي لأنّ أحكامه لم تكن تشتمل على جميع المناطق، وانحسار مجال قضائه في التحكيم بين القبائل بوساطة أحد المرجعين: تعاليم القرآن والعرف

---

(1) يذكر وكيع أخباراً عن القضاة الأوائل الذين بعثهم الرسول إلى اليمن وعن تعاليمه إليهم، التي لم تكن تتضمّن حينها إشارة إلى تحكيم ما ورد في القرآن، ومنها ما ذكره علي بن أبي طالب حين قال: «بعثني النَّبِيُّ ﷺ قاضياً إِلَى اليمن، فبعثني إلى قوم ذوي أسنان، وأنا حدث، فقال: إِذَا جلس إليك الخصمان فاسمع من هَذَا كما تسمع من هَذَا. قال أَبُو غسان: فلا تقضِ للأول حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول؛ فما زلت قاضياً بعده». وكيع، أبو بكر (ت 306هـ/ 918م)، أخبار القضاة، تحقيق مصطفى المراغي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ط1، 1947م، ج1، ص86.

(2) وكيع، أخبار القضاة، ج3، ص223.

القبلي[1]. وظلّ شائعاً لديهم استعمال عبارة «الرّأي» للدلالة على مرجع العرف[2].

ـ ثالثاً: خصوصية المناخ الثقافي والاجتماعي لتلك المرحلة التاريخية، وهي من العوامل التي نفسّر بها استمرار العمل بالعرف إلى جانب أحكام القرآن، فالجيل الأول من القضاة كان قد اعتنق أفراده الإسلام في أواخر حياتهم، ولم يتمثلوا بعد روح هذا الدّين الجديد. ولذلك كان من الطبيعي أن تكون مواقفهم من بعض القضايا متعارضة مع القرآن أحياناً أو متجاهلة لبعض مبادئه وتعاليمه فضلاً عن أحكامه، ففي مسألة شرب الخمر التي ضبط فيها عمر بن الخطاب حدّاً بالجلد لم تجد طريقها إلى التنفيذ إلا نادراً، وظلّ العقاب غير ساري المفعول على امتداد بضعة عقود بعد وفاة الرّسول. ويُروى أنّ بعض فقهاء الكوفة الأوائل كانوا مدمنين على احتسائها، بل يقدّم وكيع مثال القاضي شريح الذي تحتفظ الذاكرة الإسلامية بكونه نموذجاً للقاضي المثير للجدل، إذْ كان من مدمني شرب الخمر (الطلاء الشديد)[3]. ولئن كان هذا السلوك مثار

(1) يحيلنا وكيع إلى ذلك من خلال الحوار الذي جرى بين مروان بن الحسن وقاضي مصر حينها عابس بن سعيد، راجع: وكيع، (م.ن)، ج1، ص223.

(2) ترد بعض الأخبار مؤكدة شيوع استعمال هذه التسمية في الإحالة على العرف، ومنها اختلاف إياس بن معاوية مع عمر بن عبد العزيز (ت 101هـ/ 720م) حين حكم بحق الجار في الشفعة، وهو ما تعارض مع السياسة العامة للخلفاء، فكان كتاب الخليفة الأموي يحمل رأياً آخر يعتمد على ما أثر عن القدامى، وهو ما نصّ عليه في كتابه إلى قاضٍ آخر في القضية المطروحة نفسها قائلاً: «كنّا نسمع أنّ الشفعة للشريك ليست لأحد سواه»، بما تحمل عبارة «كنّا نسمع» من إحالة على العرف القديم المتناقل شفوياً. وفي حادثة عرضت لقاضي مصر عياض بن عبد الله الأزدي سنة 98هـ/ 716م، تمثلت في تورط صبي افترع صبية بإصبعه، واستشار فيها عمر بن عبد العزيز، فكان ردّه «لم يبلغني في هذا شيء، وقد جعلته لك فاقض فيه برأيك». راجع: وكيع، أخبار القضاة، ج1، ص332. وابن حجر العسقلاني (ت 852هـ/ 1448م)، رفع الإصر عن قضاة مصر، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط1، 1988م، ص293.

(3) وكيع، أخبار القضاة، ج2، ص212، 270.

سخط الأجيال اللاحقة فإنه كان مفهوماً في تلك المرحلة بالنسبة إلى من اعتنق ديناً مازال في طور النشأة، لذلك لم يكن هذا السّلوك محلّ إدانة أو رفض، وهو ما نجده في عادات أخرى راسخة مثل تعوّد تقديم المرأة الشريفة الخمر للرجال سنة (60هـ/ 680م)، وهم في طريقهم إلى الحج، أو في الخلافات القائمة بين القضاة والولاة حول تطبيق حدّ شرب الخمر[1].

هكذا يكشف لنا هذا الوضع التعارض الذي كان قائماً بين العرف والإسلام على صعيد الممارسة الاجتماعية كما جسّدها أوائل القضاة، وقد يكون لاستمرار تغلغل ثقافة البداوة عاملاً مهيمناً على هذا الوضع، ذلك أنّ أساليب حياتهم لم تكن منقطعة عن أساليب حياة ذاك الجيل عامة، وهي لم تكن تتلاءم بيسر مع مبادئ هذا الدّين الجديد وتصوره للكون، فقد كان محطّ اهتمامهم الغنائم، على الرغم من أنّهم حاربوا باسم الإسلام خلافاً للجيل اللاحق الذي ولد في ظروف مغايرة وبيئة مختلفة[2].

وعموماً، كان مسار القضاء وملابسات نشأته وتطوره التّاريخي من ضمن العوامل الحاسمة التي شكّلت فيما بعد مدونة الفقه الإسلامي في استيعابها لتلك السوابق القضائية التي غدت بمرور الوقت قواعد معياريّة ثابتة، ولم تكن تلك القواعد في واقع الأمر سوى آراء تشكلت من خلال تجربة الجيل الإسلامي الأول من خلفاء وقضاة للأمصار مع واقعهم وخصوصياته، وفي غياب تشريع صادر مباشرة من السلطة السياسية المركزية شأن الإمبراطوريات القديمة في تلك الفترة[3] تشكّلت مصادر التشريع تلقائياً في عمل القضاة من

---

(1) حلاق، نشأة الفقه الإسلامي وتطوره، ص75.

(2) حلّاق، (م.ن).

(3) يشير وائل حلاق إلى أن مفهوم الشريعة لم يكن من إنتاج السلطة السياسية مباشرة، بل تشكّل تدريجياً انطلاقاً من عمل القضاة والفقهاء وعلماء الأصول ورجال الفتوى. ويدعم هذا الرأي ما ذهب إليه آخرون مثل شاخت الذي يرى أن النشاط المبكر للفقه المتخصّص نشأ حول المدينة والكوفة بعيداً عن مركز الخلافة دمشق. راجع: =

خلال محاولة المواءمة بين مبادئ التشريع القرآني والأعراف الاجتماعية الموجودة في ذلك الوقت بحسب تغيّر المجال المكاني قبل أن تنشأ المفاهيم الفقهية مثل السنة النبوية والعمل، بعد تدوين الحديث، وهو ما سيكون موضوع العنصر التالي المتعلق بعلاقة المدارس الفقهية بالعرف ودورها في ترسيخه ضمن مدوناته.

2-5- العرف والمدارس الفقهية المبكرة:

إنّ الميزة التي طغت على التشريع الإسلامي هي تشكّله التدريجي عبر مراحل تاريخية متعاقبة تضافرت فيها عدّة عوامل، ولئن كان من المتفق عليه أنّ نواته الأولى تكوّنت من مدارس الفقه الأولى في المدينة والكوفة، فإنّ دور السّاسة كان مهمّاً في تركيز مصادر التشريع واستنباط الأحكام منها، إذْ منحت مهمّة خلافة الرسول في الشأنيْن الديني والدنيوي الخلفاء الأوائل شرعية فرض القرآن مصدراً أولاً لاستنباط أحكام الفقه منه إضافة إلى اجتهاداتهم في القضايا التي لم يرد فيها نص قطعي صريح كحدّ شرب الخمر. ولئن كانت مرحلة جمع القرآن وتدوينه قد أعلنت صراحة عن علويّة هذا المصدر على جميع المصادر الأخرى، فإنّ تطوّرات الواقع اللاحقة سوف تؤذن بالبحث عما يكمّل هذا المصدر ويؤصّل أحكامه عمليّاً في الواقع[1].

ولمّا كان أحد أهمّ دوافع تطور ذلك الفكر البحثَ عن منهج للتوفيق بين الآيات التي رأوا فيها تعارضاً وتناقضاً بحكم ميل الجيل الأوّل من المسلمين إلى أن يكون سلوكهم متطابقاً مع الأوامر القرآنيّة، وهو ما عبّر عنه بنظرية النّسخ[2]، فإنّ اجتهادات القضاة واعتمادهم على الرأي منهجاً لمعالجة

= Hallaq, An introduction of Islamic Law, Cambridge University Press, 2009, p.8-9.
Schacht, the Origins of Muhammadan Jurisprudence, Oxford University Press, p.58.

(1) حلاق، تاريخ النّظريات الفقهية في الإسلام، ص26.
(2) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

القضايا المطروحة، مثلما بيّنا ذلك سابقاً، من الأسباب التي أشعرت عامّة المسلمين باتساع الفجوة ما بين النّظري والعملي، وجعلت التمايز قائماً بين الفقهاء والقضاة. وعلى الرغم من مسعى السلطة العبّاسية فيما بعد من أجل تقريبهما في تعيينها لبعض الفقهاء في مناصب قضائية، فإن التفكير الفقهي قد تطوّر تدريجياً منطلقاً من مراجعة المعاملات السّائدة في مجتمعاتهم فقهاً وواقعاً في ضوء تعاليم القرآن وأوامره، وهو المعيار الذي اتخذوه للنظر في القضايا الاجتماعيّة. وقد وجدوا في بعض ممارسات الإدارة الأموية ما رأوه مخالفاً لتلك التعاليم والأوامر. وتبعاً لذلك حاولوا منح العقود العرفية السائدة صبغة إسلامية بإرجاعها إلى مصدر نبوي أو قرآني، ومن هنا جاء الاهتمام بالسنّة النبوية وضرورة توفير الحديث المناسب لإضفاء التناسق على الآراء الفقهية.

وإذا كان الشائع في تاريخ الفقه إرجاع عامل النشأة والتطوّر إلى التنازع السائد بين تيارَيْ أهل الحديث وأهل الرأي، فإنّ دلالة ذاك التنازع كانت تكمن في البحث عن منهج يوائم بين تعاليم النصّ القرآني ومقتضيات واقع اجتماعي ينظّمه العرف. ولعلّ أبرز ما يُحفظ عن دور مدرسة أهل الحديث تأثيرها في المدارس الفقهية في موضوع الرّبا. ويُلحظ ذلك من خلال مواقف مالك بن أنس في بعض العقود في كتابه (**الموطّأ**) باعتباره أوّل مدونة فقهية ظهرت في تاريخ الفقه. ويبدو أنّ تلك الآراء نبعت من علاقة إشكالية بين العرف والحديث وهي إشكالية حاول مالك بن أنس الخروج منها من خلال تأسيس مبدأ عمل أهل المدينة، أساساً توفيقياً بين الطرفيْن. فكيف كان ذلك؟

2-5-1- المذهب المالكي وتشكّل مفهوم عمل أهل المدينة:

كانت أهم ميزة للمدارس الفقهية الأولى، التي نشأت بداية من النصف الأول للقرن الثاني للهجرة، اعتمادها على مفهوم السنّة الحيّة للمدرسة أو العمل الجاري (La Tradition vivante) مصدراً أولياً وأساسياً للتشريع إلى جانب القرآن. ويستمدّ هذا المفهوم مشروعيته من «العرف مثلما ينبغي أن

يكون»، وكذلك من إجماع العلماء أو «الرأي الوسط لممثلي المدرسة»[1]. وقد نبع هذا المفهوم من اتساع الدلالة التي تقترن بعبارة السنة في ذاك الوقت، فلم يكن مقصوراً على أعمال الرّسول وأقواله فحسب، بل كان يشتمل على الصحابة والتّابعين. ولئن جسّد الأوزاعي (ت 157هـ/ 774م)، وهو أحد أوائل فقهاء القرن الثاني، هذا المفهوم في العمل الجاري لدى المسلمين بناء على ما دشّنه الرّسول وحافظ عليه الخلفاء الأوائل ومن تلاهم من الحكّام وأصّله العلماء[2]، فإنّ مالك بن أنس حدّد هذا المفهوم بوضوح في (**الموطّأ**)، انطلاقاً من عدم ضبط مدلول عبارة «السنّة» في (**الموطأ**) بشكل دقيق وحصري[3].

حملت دلالة العبارة ارتباط معنى السنّة بالظرف، أي بمحيط المدينة وواقع عصره في القرن الثاني للهجرة، وقد فسح ذلك الاقتران المجال لتجاوز مفهوم مرجعية الرّسول نحو أعراف أهل المدينة وعاداتهم. ويؤكد الشافعي تلميذ مالك ذلك في قوله: «إذا قال مالك السنّة عندنا أو السنّة ببلدنا

---

(1) Schacht (Joseph), Esquisse d'une Histoire du Droit Musulman, Paris, 1952, pp.25-27.

(2) أوضح حمادي ذويب هذا المفهوم لدى الأوزاعي، فالسنّة لدية أوسع ممّا استقرّ فيما بعد لدى الأصوليين والفقهاء، وكان العمل الجاري لدى المسلمين العنصر الرّئيس والأساسي فيها، ويتأكّد ذلك في ندرة تواتر لفظ «سنّة» التي تحيل على الرّسول، ويميل إلى نسبة كل ما كان يجده في عصره من عمل للمسلمين إلى الرّسول وإعطائه حجّة نبوية. راجع: ذويب، حمادي، السنة بين الأصول والتّاريخ، المركز الثقافي العربي، بيروت، ط1، 2005م، ص32-33.

(3) ورد لفظ السنة دون لواحق أو صفات محددة له في خمسة وعشرين سياقاً وجدنا أغلبها مجسمة في عبارة «مضت السنّة»، وطغت عبارة «السنة عندنا» (22 مرّة)، فضلاً عن إيراد عبارات أخرى مثل سنة الله وسنّة رسوله، سنة المسلمين، سنة أهل الكتاب، السنّة عندنا، سنّة الصلاة... واقترنت في بعض السّياقات (10 مرات) بإجماع أهل المدينة: «وتلك السنّة التي لا اختلاف فيها عندنا». ذويب، (م.ن)، ص33-34.

كذا، فإنّما يريد به سنّة سليمان بن بلال وكان عريف السّوق»[1]. ويُروى عن أبي يوسف (ت 182هـ/ 798م)، أحد معاصري مالك، قوله: «وأهل الحجاز يقضون بالقضاء فيقال لهم: عمن؟ فيقولون: بهذا جرت السنّة، وعسى أن يكون قد قضى به عامل السّوق أو عامل ما من الجهات»[2].

وبهذه الدلالة المنفتحة تشكّلت رؤية مخصوصة لمواقف مالك اصطلح على تسميتها بمفهوم العمل. وقد نجد في المواقف المتعارضة مع الحديث النبوي ما يؤكّد سطوة العرف على مصادر التشريع وأسبقيته أحياناً على السنّة النبوية ذاتها مثلما تشكلت لاحقاً، ويظهر ذلك في الموقف من المزابنة والعرية[3] وبيع الخيار[4]، التي حملت رؤية مخالفة لما سوف يعرف لاحقاً عن مكانة السنّة في التشريع. ومن ثمّ انطوى مفهوم العمل، في حدّ ذاته، على

---

(1) البخاري، علاء الدّين (ت 730هـ/ 1330م)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام للبزدوي، ج2، ص448.

(2) الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1990م، ج7، ص353.

(3) وهذا ما نجده في الموقف التوفيقي بين تحريم «المزابنة» والترخيص في «العريّة» بناء على نسبة ذلك إلى الحديث النبوي، إذْ يعترف مالك بحرمة المزابنة وهي مبادلة الثمر على الشجر قبل بدو صلاحه بمثله يابساً، ثم يعترف، في الوقت ذاته، بإباحة العريّة، وهي مبادلة الرّطب على النخل قبل بدو صلاحه بمثله تمراً، وقد ورد هذان الحكمان المتعارضان في صيغة حديث نبوي. ولئن كان دافع تحريم الأولى ناشئاً من التفسير المتشدد للربا لدى أهل الحديث، فإنّ الإباحة الثانية كان دافعها ما استقرّ عليه العمل لدى أهل المدينة، ولذلك كان القول بترخيص النبي في الثانية حلاً توفيقياً كرّس العرف العملي بحجة دينية. راجع: الموطّأ، ج2، ص619-626.

(4) نجد مواقف معارضة للحديث في مسألة «بيع الخيار»، التي تأسّست على الحديث النبوي المعروف: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرّقا»، وهو يعطي المتبايعيْن الحق في الرّجوع عن العقد ما داما في المجلس، غير أنّ مالكاً ترك العمل به، وتبنّى إجماع أهل المدينة المعتبر عنده أقوى من خبر الآحاد. أخرجه مالك، الموطّأ، ج2، 671. راجع: أبو زهرة، محمد، مالك، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، (د.ت)، ص354-355.

استمرارية الالتزام بالقواعد العرفية المجمع عليها في تلك المرحلة. وقد أسبغت على هذا المفهوم مشروعية دينية ثم سياسيّة من خلال إضفاء حجية الحديث[1] عليه وإقرار السلطة له[2]. وهي مطيّة تكشف عمق التأثير الذي كان يمارسه العرف في نشاط المسلمين الأوائل اقتصادياً واجتماعياً وعدم القدرة على التخلّص منه. وقد يكون عاملاً من عوامل تجنّب الخلاف في الفقه حينها.

2-5-2- المذهب الحنفي والعرف وأثر البيئة العراقية:

بغض النّظر عن الملابسات الاجتماعيّة والتّاريخيّة التي نشأ فيها المذهب الحنفي، فإنّ الشائع لدى أغلب الدّارسين أنّ هذا المذهب يجسّد أوضح مثال على تأثّر الفقه المبكّر بالعرف، وخصوصاً الأجنبي منه، وهو ما يقرّه أعلامه منذ اللحظات الأولى للنشأة[3]. ويبدو أنّ خصوصيّة الفضاء الجغرافي الذي تشكّل فيه هذا المذهب أحد أهم أسباب انفتاحه على تراث الشعوب الأخرى التشريعي. وقد يكون أبرزه توافر إرث ضخم متوارث عن الحقبة السّاسانية ممثلة في تعدد مدارس الفقه اليهودي المنتشرة على ضفافيْ دجلة والفرات طول خمسة قرون (من القرن السابع للميلاد/ الأول للهجرة إلى القرن الحادي عشر للميلاد/ الخامس للهجرة)[4].

---

(1) «إنّما المدينة كالكير تنفي خبثها وينصع طينها». أخرجه مالك، الموطأ، ج2، ص55. ومسلم، الجامع الصحيح، ج4، ص120.

(2) يروي وكيع أنّ رجلاً سأل أمير المدينة أبا بكر بن حزم قائلاً: «ما أدري كيف أصنع بالاختلاف؟ فأجابه: يا ابن أخي إذا وجدت أهل المدينة على أمر مستجمعين عليه فلا تشكّ أنّه الحق». راجع: وكيع، أخبار القضاة، ج1، ص143-144.

(3) ويظهر ذلك في الموقف الشهير لأبي يوسف المنفتح على العرف الأجنبي، وهو ما عبّر عنه البلاذري: «وقال أبو يوسف: إذا كانت في البلاد سنة أعجمية قديمة لم يغيرها الإسلام ولم يبطلها فشكاها قوم إلى الإمام لما ينالهم من مضرتها فليس له أن يغيرها». البلاذري (ت 279هـ/ 892م)، فتوح البلدان، تحقيق عبد الله أنيس الطّباع وعمر أنيس الطّباع، مؤسسة المعارف، بيروت، 1987م، ج5، ص629.

(4) "On the Development of Custom as Source of Law in Islamic Law", Islamic Law and Society, p.133.

ولئن كانت نسبة هذا المذهب تعود إلى كل من أبي حنيفة النعمان (ت 150هـ/ 767م)، وأبي يوسف (ت 182/ 798م)، والشيباني (ت 189هـ/ 805م)، فإنّ جذوره تعود إلى فترة سابقة مع ظهور حلقات متخصصة في الفقه (أحكام الفروع) في الكوفة والبصرة[1]. وبعيداً عن الخوض في إشكاليات النشأة وسياقاتها المتعددة والآراء المختلفة حولها، ما يهمّنا هنا الأسس التي بني عليها مقوّم التعامل مع العرف وعوامله العميقة التي جعلته مذهباً مؤثّراً في طريقة التعامل الأصولي مع هذه الإشكاليّة، ويمكن حصرها فيما يأتي:

- الموقف من السنة والحديث: لعل أهمّ خصوصية لهذا المذهب هي اعتماد الحديث في دائرة أضيق مما ساد عند الحجازيين، فأبو يوسف مثلاً يقيم تمييزاً بين الحديث والسنة، فيرى أولاً ضرورة ألا تقبل الأحاديث التي تتعارض مع القرآن[2]. ثم يتعامل مع مفهوم السنّة بشكل منفتح وغير مقيّد بالحدود التي ضبطت بعده. فهي عنده قواعد جميع المسلمين المعترف بها والواردة عن طريق رواة ثقات متعلّمين[3]. وبهذا المعنى اشتمل هذا الأصل عنده، إضافة إلى ما تناقله هؤلاء من إرث الحجاز، على ما اتفق عليه من قبل أهل الكوفة[4]. ويبدو أنّ مفهوم السنّة الحيّة أو العمل الجاري قد كان

---

(1) من أشهر أعلامها شريح بن الحارث الكندي (ت 78هـ/ 697م)، وعلقمة بن قيس النخعي (ت 62هـ/ 681م)، وإبراهيم النخعي (ت 95هـ/ 713م)، وحمّاد بن أبي سليمان (ت 120هـ/ 738م)، والحسن البصري (ت 110هـ/ 728م)، ومسلم بن يسار (ت 108هـ/ 726م).

(2) Schacht, The origins, p.28.

(3) ذويب، السنة بين الأصول والتاريخ، ص36.

(4) أصبحت السنّة مرادفة في كتاب الخراج لـ«العمل الدّيني القار»، أو «المذهب الدّيني المستقر»، وأحالت على إرث على الصحابة والتابعين حتى أنّ كتاب (الآثار) لأبي يوسف احتوى على نسبة عالية مما أثر عنهم مقارنة بالأحاديث النبوية. راجع: ذويب، (م.ن)، ص37.

قاسماً مشتركاً بين العديد من مدارس الفقه حينها، فكانت الأحاديث عنصراً من جملة عناصر متعددة إلى جانب سنة الصحابة وإجماع العلماء والأعراف المعمول بها في كل مصر أو مدينة[1].

- خصوصية الثقافة العراقيّة القديمة وانفتاحها على إرث الحضارات السابقة: وقد أسهم هذا العامل في بلورة تفكير فقهي متحرّر جزئياً من المصادر الأصليّة، ولاسيما الحديث، ومشبع بالتجارب التشريعية السابقة في أرض الكوفة والعراق. فكان الاعتماد، إلى جانب تلك المصادر، على الرّأي[2]، الذي لا يمكن أن نغفل صلته العميقة بالعرف باعتباره تجسيداً للتفكير الجمعي المعياري. فلم يكن يعني بالضرورة الاجتهاد الفردي في النصّ فحسب كما شاع لاحقاً، بل عنى رأي الأغلبية المعتبر المتجسد في إطار أوسع هو إطار مفهوم «السنة الحيّة». وهو متأثر في الأصل بالمصطلح القانوني الرّوماني (opinion prudentium) الذي يقصد به اتفاق العلماء[3]. وفي جميع الأحوال، كان التأثير الأجنبي واضحاً وجليّاً. وقد يتبيّن لنا هذا

---

(1) لم تستند المرويات الرّسمية، التي صارت تعرف فيما بعد باسم «الحديث»، إلى المكوّنات غير النبوية فحسب، بل تضمّنت ممارسات محليّة متنوعة كانت متداولة في تلك الحقبة. انظر: حلاق، وائل، نشأة الفقه الإسلامي وتطوره، ص156.

(2) لم يكن الحديث مؤثّراً حينها في أشكال التفكير الفقهي المتداولة، بل استمر العمل بالرأي طول القرن الأول إلى حدود منتصف القرن الثاني الهجري/ الثامن الميلادي. وتفيد دراسة إحصائية قام بها موتزكي (H.Motzki) أنّ ثلثيْ روايات الزّهري (وهو من أوائل فقهاء مدرسة الكوفة) تحتوي الرّأي فيما لا يحتوي الثلث الأخير إلا على أقوال تنسب إلى الأوائل. وتفيد الدراسة ذاتها أنّ قتادة اعتمد الرأي بنسبة 62 بالمئة. راجع: حلاق، وائل، (م.ن)، ص118. أمّا شاخت فيرى أنّ الرأي الذي تطوّر فيما بعد إلى رأي معياري معتبر ليصبح مبدأ أصولياً هو الاستحسان أو الاستصحاب يعود إلى ممارسات القضاء المبكّر الذي سمح للقضاة بإبداء الرأي والحكم وفقه قبل أن ينتقل ليصبح مبدأ لدى المتخصصين، أي الفقهاء.

(3) Schacht, Introduction au Droit Musulman, p.28.

الوضوح في عدد من الآراء الفقهية المنسوبة إلى أعلام المذهب الحنفي الذين مثلوا الامتداد الطبيعي لتلك الحلقات[1].

وتأسيساً على ذلك، لا نخال أنّ تلك المدارس الفقهية قد نشأت بمعزل عن تأثير الأعراف مهما كان موردها أجنبياً أو عربيّاً، إداريّاً أو شعبياً، فقد أسهم وبشكل فعّال في بناء مدوّنات الفقه المبكرة لا على مستوى الآراء فحسب بل في طريقة التأليف وعرض المادّة التشريعية، ففي مؤلّف مثل **(الموطّأ)** وهو أول مدونات الفقه والحديث معاً، لم يرد ترتيب المسائل بشكل متماسك ومترابط بل خضع لترتيب يراجع المسائل الجزئية التي وقع العمل بها في التشريع الأموي، وهي طريقة احتفظ بها التدوين الفقهي فيما بعد، دون أن تكون له منهجية العمل القانوني الكتابي في عرض المبادئ الكليّة الكبرى لتعقبها النواحي التفصيلية والتطبيقية[2]. وهذه المنهجية تُظهر

(1) راجع مختلف الأحكام المتأثرة بالقوانين الرّومانية والساسانية عند أعلام الفقه الحنفي المبكر كما توردها (كولسون) مثل حكم الحجر عند أبي حنيفة الذي يمنعه عمن بلغ سن الخامسة والعشرين من العمر. وهو صدى لقانون الولاية على المال في القانون الرّوماني المسمى بـ(Curtio). وفي الرّق قنّن بعض فقهاء الكوفة وضع العبيد بمنطق صارم أساسه أنّه إذا كانت ذواتهم مملوكة فلا حقّ لهم في التملّك، وهو انعكاس للقوانين الرّومانية التي فرضت بقوّة ظاهرة التمييز الطبقي الحاد في المجتمع بين الأسياد والعبيد، وهو أساس النظام الإقطاعي من الناحية الاجتماعيّة. أما ما يتصل بوضع المرأة فقد عكست آراء فقهية أخرى هذا التأثر العميق بالعرف الأجنبي، وخصوصاً الميراث والزواج. وقد جاء موقف أبي حنيفة في أهلية المرأة لعقد زواجها بنفسها مكرّساً لاتجاه مختلف عمّا عليه الحال في الحجاز، وهو مثال مجسّد للتأثر بقاعدة «الكفاءة» الموروثة عن الثقافة التشريعية للسّاسانيين. راجع موقف أبي حنيفة وحجيته في كتاب المبسوط للسرخسي، ج5، ص194-196. وكولسون، تاريخ التشريع الإسلامي، ص77-78.

(2) من المعلوم أنّ العرف عادة ما ينشأ في بيئة ثقافية أساسها المشافهة، ولذلك هو يحمل خصائص تلك الثقافة من حيث كونه قاعدة شفوية للتعامل مدوّنته الذاكرة لا المكتوب، وخاصيته المرونة لا الصرامة التي يعرفها نظام المكتوب، ولذلك فإنّ =

بقاء رواسب الثقافة الشفوية العرفيّة وتأثيرها التام في العمل الفقهي منذ بداياته.

خاتمة الفصل:

يتضح لنا، إذاً، من خلال هذه المقاربة التاريخية المختزلة أنّ العرف مثّل ركناً أساسياً من أركان المصادر التشريعية الأولى، سواء كان ذلك في النصوص التأسيسيّة المعترف بها مثل النص القرآني والحديث النبوي، أم من خلال اجتهادات المسلمين مثل أعمال الخلفاء وآراء القضاة الأوائل واجتهادات مؤسسي مذاهب الفقه. وقد حاولنا، طول هذا التحليل، الذي توسلنا من خلاله ببعض مفاهيم العلوم الإنسانية الحديثة مثل الإناسة والأديان المقارنة، أن نبحث عن القوانين الشاملة لتفهم ظاهرة العرف في صلتها بالمنظومة الدينية وتقاطعها مع جملة من المفاهيم العقدية المقدسة مثل علاقة الخلف بالسلف. فتبيّنا دور استمرار أعراف القدامى والأجداد في تشييد تشريعات الأبناء والأحفاد على اختلاف مصادر التصور الديني بين العقائد الوثنية والعقائد التوحيدية. وانتبهنا إلى أهمية التقاطع بينهما في تصور الزمان من جهة، والتمايز في تصور تنظيم المكان من جهة ثانية. وهو ما أثمر علاقة جدلية قامت على تعامل مزدوج مع الأعراف ارتكز على تبنّي أجزاء من

= خصائص الشفوي تظلّ دوماً خصائص العرف، وتلوح بعض مظاهر المشافهة في النصّ مثل الاعتماد على العبارات الجاهزة وعطف الجمل بدل تداخلها والأسلوب الإطنابي، والتكرار بهدف ترسيخ المعلومة لدى السّامع، واستعمال مدلولات ملتصقة بنبض الحياة في العبارات، وعدم الاكتراث بالتعريفات والحدود، وهو ما نجد صداه في النصوص الإسلامية الأولى بما فيها الفقه. والواقع أنّ هذه الإشكالية تستحق بحثاً أكاديمياً مستقلاً، فشكل النصوص وطرق صياغتها له صلة وطيدة بالعرف باعتباره ينطوي بدوره على مبادئ ثقافة المشافهة. راجع: أونج، والتر، الشفاهية والكتابيّة، تعريب حسن عز الدين البنّا، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 1994م، ص104-111. وكولسون، (م.ن)، ص74.

المنظومة تشريعية قديمة قوامها نظام التحكيم العرفي المستمد من فضاء القبيلة بكل دلالاتها الإناسية، والانقطاع عنها في آن بتبنّي أعراف نابعة من منظومة جديدة قوامها المصادر الكتابية ومجالها فضاء المدينة (الأمة). وبدا لنا جليّاً أن استيعاب هذه المنظومة الجديدة لم يكن سهلاً ومتيسّراً بعد وفاة النبي. بل استمرّ العمل بأعراف الجاهلية الوثنية إلى فترات زمنية متقدمة. وهذا ما فسّر لنا بوضوح أن اكتمال المنظومة التشريعية الإسلامية القديمة لم ينتهِ بانقطاع الوحي ووفاة النبي، بل تواصل التشكّل عبر هذا الصراع العنيف بين الموروث والمستورد. وقد كانت الأحداث المتلاحقة مثل حروب الردّة والنزاع حول الخلافة والجدل حول عمل القضاة والاختلاف المذهبي تنطوي في عمقها على صراع شديد بين الأصل والاستثناء من الأعراف. وتبعاً لذلك لا نخال أنّ الفقه الذي هيمن على معارف الحضارة الإسلامية الوسيطة قد نشأ بمعزل عن ذاك الصراع بل العكس. فقد كان العرف عنصراً جوهرياً محرّكاً لكل التحوّلات التي شهدها نشاط الفقهاء والأصوليين طول قرون عديدة.

وإذا كانت مراجعتنا للمسار التاريخي قد عكست لنا صورة مغايرة لعلاقة العرف بالنصوص التأسيسية عن الصورة الرّاسخة في المدوّنة التراثية المكتوبة، فإنّ العقل الأصولي سوف يقدّم رؤية تأويلية أخرى مخالفة تعاملت معها انطلاقاً من إعادة تنظيم العلاقة بين أدلّة التشريع وضبطها على أساس تراتبي مضبوط يعمل على تقييد الخلافات، ويقلّص من مرجع الواقع لفائدة النصّ. وهذا ما يترتب عليه من تضييق لمفهوم العرف من صبغته الاجتماعية الحركية المتأقلمة مع خصوصية الواقع ومرونته في التعامل مع مبدأ التغيّر الاجتماعي إلى صبغة شرعية مقيّدة بمعايير فقهية وأصولية صارمة.



خاتمة الباب الأول

سمحت لنا مراجعة الدراسات، التي انشغلت بإشكالية العلاقة بين العرف والتراث الفقهي الإسلامي، باستكشاف سبل النّظر المختلفة التي تتصل بالمسألة. وبدا لنا أنّها توزعت إلى منواليْن كبيريْن: اهتمت الأولى بمعالجة تقنية داخلية عزلت الموضوع عن إطاره التاريخي والثقافي، وكرّست الرؤية الماهوية المتعالية على وقائع التاريخ ذاته. فكان مآلها ترديد جملة من القوالب التراثية القديمة المنزوعة من بيان دور السياق في تشكلها. بينما انشغلت الثانية بتتبع أثر العوامل التاريخية ومصادر التشريع الأجنبية في صياغة علاقة بدت متوترة بين الفقه والعرف مغفلة دور التطور الذاتي لأفكار المدونة طول قرون. ومع ذلك، تمكنّا من خلال بحثٍ نزعم أنّه معمّق من الوقوف على مدى ما يزخر به المفهوم لغة ومصطلحاً من إشكالات لها صلة بنوعية تشكّل المجتمع العربي قبل الإسلام وبعده، ودور العلوم العقلية في تداخل دلالة المصطلح مع مصطلحات أخرى كانت توحي برؤية مخصوصة وفريدة له، وأبانت لنا عن خضوع التشريع لتمثلات جماعية (des représentations collectives) للكون ومنزلة الإنسان فيه، وهذا ما جعلنا ننفتح أكثر على مقاربات حديثة تفسّر عوامل نشأة العرف في الوسط الاجتماعي والقانوني ضمن عالم الإنسان عموماً. وكنّا نروم بذلك التمهيد أنْ نتناول المسألة في إطار كوني مفتوح وإن كان منطلقه التشريع الإسلامي وعلم أصول الفقه النّاظم الأكبر للشريعة الإسلامية. وكان لزاماً علينا المرور

بالحلقات التاريخية التي شهدت ميلاد العلاقة الأصلية بين الإسلام والعرف انطلاقاً من النّصوص المرجعية في تلك الشريعة كما ظهرت أوّل مرّة في صيغتها الشفوية التي تفاعل معها المسلمون الأوائل، ثم مع الجهود اللاحقة في مدارس الفقه وتجربة القضاء المبكّر قبل مرحلة التدوين الرّسمي والانتقال إلى ثقافة المكتوب والمؤسّسات. ويبدو أنّ الانفتاح الذي عرفته التجربة المبكرة سوف يشهد تحولاً مصيرياً وحاسماً مع ظهور المدونات الأصولية الأولى في اتجاه بلورة رؤية أخرى قد يكون لها أثر عميق في التشكّل التاريخي للشريعة الإسلامية. وهو ما نروم البحث فيه في الباب التالي.



الباب الثاني

منزلة العرف بين أصول التشريع

تمهيد

حملت العلاقة بين ما عرفه التشريع الإسلامي المبكّر والمرحلة التي تلته طابعاً إشكاليّاً قائماً على مفارقات عديدة لعلّ أبرزها انفتاحه الواسع في القرنيْن الأوّليْن على أعراف الأسلاف من جهة وأعراف الشعوب والقبائل المجاورة في البلدان المفتوحة من جهة أخرى. وكان ذلك موحياً بدخول المسلمين في تجربة جديدة يكون فيها تشريعهم متعدّد الرّوافد متنوّع المشارب. إلا أنّه مع نهاية القرن الثاني الهجري/ الثامن الميلادي وبداية القرن الثالث الهجري/ التاسع الميلادي عرف مسار التشريع تحوّلات جديدة حدّت من انفتاح الاجتهاد لما أثاره من خلافات عميقة بين المدارس الفقهية والفقهاء أنفسهم مع امتداد المحيط الجغرافي للخلافة وتوسع طرق المعارف. وكانت تلك المرحلة مؤثرة فيما بعدها. إذْ شهدت بداية وضع أسس تنظيم الاجتهاد الفقهي مع ظهور كتاب **(الرّسالة)** للشافعي حين رتّب مصادر التشريع والفقه ترتيباً هرمياً وتفاضلياً أُقصيت منه المصادر التي كان ينهل منها أهل الرّأي حينها وأهمّها العرف والسوابق القضائيّة مقابل الإعلاء من سلطة النصّ، ولاسيّما الحديث النبوي، وإجازة القياس العقلي انطلاقاً من النّصوص المقدّسة، ووفقاً لآليات دقيقة ومضبوطة، وقد تزامن ذلك مع بداية تعاظم حركة فكرية فقهية أساسها التقليد المذهبي.

وهكذا عرف التشريع الإسلامي، فيما بين القرنيْن الثاني والخامس، ضمن هذه المنظومة، استقراراً لمبادئه على مدى تلك القرون. وتشكّلت من

خلالها المدوّنة الأصولية بملامحها الكبرى. وغدا القياس مصدراً رئيساً وآليّة كبرى من آليات الاجتهاد واستنباط الحكم الشرعي أمام العدد المحدود من آيات الأحكام في القرآن. ومن ثمّ، وعملاً بمبدأ ربط كل الأدلّة بالنصّ وفهمه البياني، هُمش العرف الذي كان معتبراً خلال مرحلة التشكل الأولى (The formative period)[1]، ولم يعد أصلاً معترفاً به رسميّاً.

ومع ذلك، إنّ مراجعة متأنيّة ومعمّقة لجميع الأدلّة تكشف عن حضور هذا المصدر متضمّناً فيها بطريقة أو بأخرى. وهذا ما تبدّى لنا أثناء مراجعة المنهج البياني في قراءة الخطاب الشرعي لنكتشف اندماجه في صلب القضايا البلاغية واللغوية التي عالجها الأصوليون منذ أن بدأت طريقة المتكلّمين في التشكّل، وخصوصاً مع أبي الحسين البصري (ت 436هـ/ 1045م)، وأبي المعالي الجويني (ت 478هـ/ 1085م). ويظهر أن ذاك الاندماج كان من خلال تأثير ثقافة الاعتزال التي طوّرت أهم مباحث اللسان واللغة انطلاقاً من تبنيهم موقف الاصطلاح اللغوي بدل التوقيف. ولا تتوقف المفارقة عند هذا الحدّ بل يكشف النّظر في سائر الأدلّة عن أدوار أخرى للعرف، وإن كان تجاهلها وإنكارها هو السائد. فالعرف هو أصل السنّة التقريرية مثلما اكتشفناه في التحليل التاريخي لتشكل الفقه، وهو ملتبس بالإجماع والاستحسان في توظيف نصوص الحجيّة النقليّة. وهذا ما سنتوقف عند دلالته خلال هذا الباب مع كل من الدّليليْن المذكوريْن. وهو إلى ذلك ينهض بالأدوار ذاتها مع القياس والمصلحة من جهة البحث عن سبل التعامل المرن مع الواقع المتغيّر. وذاك ما بيّنته الحدود الاصطلاحية في علم القانون الحديث.

ولكل ذلك، نرى لزاماً علينا البحث عن هذا الدليل الفقهي/ الشرعي

---

(1) الاعتماد المباشر على العرف كان سمة مرحلة التشكل وفقاً لشاخت وكلسون سابقاً، ووائل حلاق حالياً. راجع:

Wael B.Hallaq, Sharia, Theory, Practice, Transformations, Cambridge University Press, 2009, pp.27-70.

وعن تطور مفهومه واستعماله في المدونة الأصوليّة، بعيداً عن الآراء جاهزة التي تطغى عليها الأحكام التمجيدية المتغنّية بكمال الشريعة أو نبرة التعالي والتسرّع التي تقرّ بمثاليتها وانفصالها عن الواقع.

إنّ فهم العرف وكيفية توظيفه لم يكن خاضعاً لآراء موحدة منذ بداية تشكّل علم الأصول إلى غاية اكتماله والفراغ منه في القرن الثامن الهجري/ الرابع عشر الميلادي، بل تعدّدت وجوه التعامل معه وفقاً لرؤيتيْن أصوليتيْن هما:

- طريقة المتكلّمين المنسوبة إلى الغالبية العظمى من الشافعية والمعتزلة والمالكيّة ممن تأثّروا بالمنهج الكلامي في تقرير الأصول وتقعيد القواعد نظرياً عبر الاستدلال بالعقل والبرهان دون اعتناء بالفروع. وتكمن أهميتها في جعل الأصول متحكمة في الفروع، ومن آثارها طرح قضايا كلامية في المدونة الأصولية مثل أصل اللغات ومدى جواز تكليف المعدوم وعلاقة الرسول بشرائع ما قبل الإسلام وغيرها.
- طريقة الفقهاء التي عرف بها المذهب الحنفي، وتقوم على استنباط الأحكام من القواعد التي سنّها أئمتهم الأوائل في المذهب، ومن خلال جمعها وتبويبها يتم استنباط الأحكام المتصلة بكل طارئ جديد على الواقع، وهذا ما جعلها طريقة عمليّة لما فيها من يسر الربط بين الأصول والفروع وسهولة تخريج الأحكام على الرغم من إثارتها عدداً من المشكلات مثل الحيل الفقهية[1].

وفي هذا التنوّع ما يكشف لنا عن بروز عدد من المفارقات الأخرى قد تكون من العوامل المؤثرة المسهمة في تطور العرف مفهوماً وأداة ضمن

---

(1) راجع: ابن خلدون: المقدّمة، ص361. وأبو زهرة، محمد، أصول الفقه، دار الكتاب العربي، ط1، 1958م، ص18. والدّسوقي، محمد، نظرة نقدية في الدّراسات الأصولية، دار المدار الإسلامي، بيروت، ط1، 2004م، ص20.

الأدلة الكبرى والصغرى في المدونة الأصولية، وهما ما سنبيّنه في هذا الباب.



الفصل الأوّل

العرف والخطاب الشرعي

مقدمة:

اتفق معظم الأصوليين على إطلاق عبارة الخطاب الشرعي على المصدرين الأساسيّيْن للتشريع وهما الكتاب والسنّة[1]. وكان الدافع إلى تلك التسمية اعتبارهم أنّ الخطاب الإلهي لم يكن منحصراً في المصدر الأوّل فحسب، بل تجسّد أيضاً في أقوال النبيّ وأعماله. ومن ثمّ عُدّت الغاية الأصليّة من المبحث الفقهي استكشاف القدرة الإلهية والحكمة من الخلق قبل التطلّع إلى مبحث استنباط حلول للمشاكل الطارئة على الناس وفقاً لتبدّل أحوالهم.

---

(1) يجمع الأصوليون على أنّ الحكم، وهو جوهر المبحث الفقهي، هو خطاب الله المتعلّق بأفعال المكلّفين بالاقتضاء والتخيير، والخطاب عندهم هو توجيه اللفظ المفيد إلى السامع. ويرى المرجاني (ت 699هـ/ 1300م) أنّ المقصود بالخطاب الشرعي هنا: «هو المبحوث عنه في علم الأصول مما يقع به التخاطب ويصحّ فيه التساؤل والتّجاوب، ويمكن توجيهه للأفهام وبيان المقصد والإفهام، وذلك إنّما هو خطابات الله تعالى التي تضمنها كتابه وحديث نبيّه ﷺ. والملاحظ أنّ الجويني يدرج الإجماع في السمعيات التي تتضمّن القرآن والسنّة». راجع: البرهان في أصول الفقه، ج1، ص152. وللتوسّع في مفهوم الخطاب انظر: حمّادي، إدريس، الخطاب الشرعي وطرق استثماره، المركز الثقافي العربي، بيروت، 1994م، ص25.

ولمّا كانت الغاية الأولى للتشريع قيامها في أصل الوضع على مسلمة عقدية مكرّسة للنزعة الإيمانية في البحث الفقهي ممثلة في التعرّف إلى حكم الله والحكمة منه، فقد كان من الطبيعي أن يجتهد هؤلاء من أجل ضمان حيادية المبحث الفقهي عن كلّ المؤثرات الخارجة عن نطاقه سواء أكانت سياسية أم اجتماعية أم قبليّة. ولذلك وزّعوا الأدلّة التشريعية إلى ثلاثة أقسام كبرى: الأدلّة النقلية، وهي: القرآن والسنّة، والأدلّة الاستنباطيّة وهي: الإجماع والقياس القائمان بدورهما على الأدلّة النقليّة، ثم الأدلّة العقليّة التي يظلّ قبولها أو الاعتراف بها رهين عدم التعارض مع الأدلّة النقليّة والاستنباطية معاً[1].

وتتفرّع عن هذه الأدلّة العقليّة أدلّة تبعية مثل دليل العرف الذي أثار العديد من النقاشات بين الأصوليين ممن اختلفت رؤاهم حوله بحسب اختلاف الزوايا والمسلمات التي كانت تحكم طبيعة المبحث الفقهي، وقد توزعت هذه الطرق إلى صنفين هما: طريقة المتكلّمين وطريقة الفقهاء أو الحنفية على حدّ عبارة ابن خلدون (ت 808هـ/ 1406م)[2].

وعلى الرغم من وجود هذا الاختلاف في طريقة معالجة القضايا الفقهية أصولياً بين المدرستيْن فإنّ الأصوليين يُجمعون على أن الوحي الإلهي هو المصدر الأساسي والنهائي للتشريع، وأنّ مهمّة الفقيه منحصرة في البحث عن الأمارات التي تقوده إلى اكتشاف الحكم الشرعي من النصّ الإلهي المقدّس قرآناً أو سنّة انطلاقاً من الآيات القرآنية الدّالة على ذلك. وهي التي اتخذها

(1) على الرغم من أنّ غالبية الأصوليين والفقهاء ترى أنّ الله هو المصدر الأوحد للتشريع، وأنّ الأدلّة النقليّة سابقة على سائر الأدلّة الأخرى، فإنّ ذلك لم يكن حائلاً دون ذهاب بعض أتباع المذهب الحنفي والمعتزلة والماتريدية ممن يرون أنّ العقل يمكن أن يكون أيضاً مصدراً للتشريع، وتعود جذور هذا الإشكال إلى الجدل حول نظرية الحسن والتقبيح العقليين. انظر: أبو زهرة، أصول الفقه، ص70-72.

(2) ابن خلدون، عبد الرحمن، المقدمة، دار الكتب العلميّة، بيروت، (د.ت)، ص361.

معظم الأصوليين وسيلة للبرهنة على إطلاقية النصّ في التشريع[1]. ومن هنا ظهر الإشكال حول كيفية تعامل النص النهائي المطلق مع الواقع اللامتناهي النسبي والمتغيّر[2]. ولئن طرحت إشكالية العلاقة بين العرف والنصّ في إطار هذه المسلّمة العقدية المختزلة في إشكالية المواءمة بين المتناهي واللامتناهي، فإنّ ملامسة إشكاليّة العلاقة بين العرف والخطاب الشرعي قد لا تتنزّل في إطار العلاقة بين المتناهي واللامتناهي فحسب، كما تحدّث عن ذلك بعض الأصوليين وفي مقدمتهم الجويني، بل انطلاقاً من ضبط مفهوم الخطاب الشرعي ذاته. فالأصوليون يربطون بين خصائصه البنيوية باعتباره كلاماً أو نطقاً أو تخاطباً أساسه الوضع، وهو جامع بين اللّفظي والنّفسي[3].

---

(1) يوظف معظم الأصوليين الآية 38 من سورة الأنعام ﴿مَّا فَرَّطْنَا فِى ٱلْكِتَٰبِ مِن شَىْءٍ﴾، والآية 75 من سورة النمل ﴿وَمَا مِنْ غَآئِبَةٍ فِى ٱلسَّمَآءِ وَٱلْأَرْضِ إِلَّا فِى كِتَٰبٍ مُّبِينٍ﴾ للاستدلال على مطلق معاني النص القرآني في التشريع. انظر: ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1983م، ج1، ص92. وكذلك الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، ج4، 1984م، ص41. والرّازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرّسالة، ط3، 1997م، ج5، ص45.

(2) كانت أعظم مشكلات علم أصول الفقه في كيفية التوفيق بين النصّ المتناهي المكتمل والواقع المتغيّر المتبدّل، وتساءل بعض الأصوليين، مثل السمعاني (ت 492هـ/1099م) والجويني، عن كيفية استناد اللامتناهي وهو الواقع على المتناهي الذي هو الوحي. والحال أنّ الأحكام مضبوطة والوقائع المتوقعة لا حدّ لها. راجع: السمعاني، أبو مظفر منصور، قواطع الأدلة، تحقيق محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999م، ج2، ص158. والجويني، أبو المعالي، البرهان في أصول الفقه، تحقيق عبد العظيم الدّيب، دار الأنصار، القاهرة، ط1، 1979م، ج2، ص805.

(3) الجمع بين اللّفظي والنفسي هو من الإشكالات الكلامية التي خاض فيها الأصوليون عند تعريف كلام الله تعالى الأزلي، وهي متصلة بمسألتي التوقيف والحدوث في كلام القرآن. ويتضح أن هذا التقسيم من ابتكارات المذهب الأشعري للخروج من التناقض بين المتناهي واللامتناهي.

أمّا غاياته أو مقاصده فهي الإفهام[1]. ومن خلال توافر معنى القصد ما يجعلنا ننتقل إلى مبحث خاض فيه الأصوليون، وهو شروط الإفهام بما يجعل الخطاب مكتسباً لمحتوى تشريعي وفقهي يتجسّد في كونه خطاباً تكليفياً لا مجرّد خطاب مفرغ من هذا المحتوى.

ثم لمّا كان أساس المعنى في الخطاب الشرعي معتمداً على آليات محدّدة ومضبوطة بدقة تتصل مباشرة بمباحث قواعد اللغة العربيّة وطرقها في الإفهام، وقائماً، وفق فهمهم، على تقييد الخطاب الشرعي بضوابط داخليّة تجعل من عمليّتي الاستنباط أولاً ثم التشريع ثانياً، تبدأان من النصّ لتعودا إليه في شكل دائري دون أن يكون العالم الواقعي المتبدّل والمتشعب مقدّماً في استنباطهم للأحكام، فإنّنا مدعوون إلى التساؤل عن حظ العرف وموقعه ضمن آليات فهم الخطاب وقراءته.

1- العرف وإشكالية فهم الخطاب:

لعلّ أهم ما يلحظ في معالجة الأصوليين لمسألة العرف عدم التعامل معه مصدراً شرعياً مستقلاً بذاته، بل إدراجه ضمن مسائل أخرى مهمّة وأساسية في منظومتهم الأصولية مثل دوره في دلالة الخطاب والإجماع والاجتهاد في استنباط الأحكام. وأبرز مظاهر تجلّيه في إطار هذه المنظومة هو حضوره ضمن الإشكاليات الأصولية اللغوية المتصلة بضوابط فهم الخطاب. وقد ورد ذلك في سياق ما عبّروا عنه وأسموه الدّلالة العرفية أحياناً، أو الحقيقة العرفية أحياناً أخرى. فالبحث عنهما مندرج ضمن المداخل اللغوية. وهي أهمّ أبواب علم أصول الفقه التي تستأثر في العادة بثلث المدونة، وتمثّل

(1) تتفق مختلف تعريفات الخطاب الشرعي على تقيّده بغاية الإفهام مثلما نرصد ذلك لدى الجويني في قوله: «ما فهم منه الأمر والنهي والخبر»، أو الآمدي في قوله: «هو اللفظ المتواضع عليه، المقصود به إفهام من هو متهيئ لفهمه». راجع: حمادي، إدريس، الخطاب الشرعي، ص21-22.

تمهيداً ضرورياً للبحث في آليات استنباط الأحكام من النصّ الشرعي. ومن الطبيعي أن يعد البيان في أدراجها مقوّماً أساسياً تنهض عليه آليات قراءة نص الوحي، ومفهوماً مركزياً مشعّاً تنطلق منه كلّ الضوابط اللغوية التي صاغها الأصوليون لفهم مفاتيحها ودورها في تقبّل الخطاب الشرعي. ومن أهمّ تلك الضوابط ما عبّروا عنه بـ «حمل الخطاب على الظّاهر»، ويُقصد به التزام المفسّر أو شارح النصّ أو الفقيه بأعراف اللغة العربيّة ومنطقها في الإفهام[1]. ولا تنحصر قيمة البيان في كونه مفهوماً تُستمد منه آليات قراءة الخطاب فحسب بل في اعتماده أيضاً مدخلاً نظرياً مباشراً يعقد صلة وطيدة بين العرف وطرق تقبّل الدّلالة في النصّ وكيْ تتسنّى لنا معرفة دور العرف في فهم الخطاب واستنباط الأحكام ارتأينا أن نقدّم فكرة واضحة ومستفيضة عن مفهوم البيان لدى الأصوليين. فهو لا يُعدّ عند الأصوليين المدخل الأهم والمنطلق الضروري الذي تتولّد عنه كل ضوابط قراءة الخطاب وقواعد تأويله فحسب، بل المدخل الضروري لفهم جذور الاهتمام بدور الدلالة العرفيّة في ضبط الدّلالات النهائية القطعية في تأويل هذا الخطاب وبيان أثرها في الأحكام المستنبطة منه. فما هو البيان؟ وكيف تولد عنه اكتشاف ما يسمونه دلالة العرف؟

1-1- البيان عند الأصوليين:

يعود الفضل في وضع مفهوم البيان في علم أصول الفقه إلى الشافعي في كتابه (**الرسالة**). وقد عُدّ أوّل كتاب مؤسّس لمبادئ هذا العلم، وعرّفه هذا الأخير بأنّه «اسم جامع لمعانٍ مجتمعة الأصول متشعبة الفروع»[2]. وكان منطلق وضع هذا المفهوم هو البحث عن قوانين ثابتة لتفسير الخطاب القرآني

---

(1) الشافعي، محمد بن إدريس، الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية، (د.ت)، ج1، ص21.

(2) (م.ن)، ج1، ص21.

انطلاقاً من خصائص اللغة العربية وأساليب تعبيرها النحوية والاشتقاقية والبلاغية. أمّا الغاية من ذلك فهي إيجاد خيط واصل ناظم بين الجوانب البلاغية واللّغوية في القرآن من جهة والدّلالات التشريعية، وكيفية استنباط الأحكام الفقهية منه. وقد عدّ الجابري الشافعي بحق «أوّل من وضع القوانين لتفسير الخطاب القرآني»[1]. وانطلاقاً من هذا المبتغى، الذي رسمه الشافعي في كتابه، عُدَّ بمقتضاه الخطاب القرآني بياناً. ووقع تبرير ذلك بأنّ القرآن قد تحدّث عن نفسه بتلك الصفة في عدد كبير من الآيات[2]. وهكذا، برهن مؤسّس علم الأصول، من خلال ما استدلّ به من آيات، على أنّ القرآن بيانٌ أساسه اللغة الفصيحة البليغة والساحرة. وهو ما يستوجب معرفة الفقيه أو المشرّع بأسرار اللسان العربي ومدى اتساعه وما يقتضيه. ومن ثمّة هو أولى الأدوات التي لا غنى عنها لمعرفة أركان الخطاب ودلالاته ومقاصده[3].

---

(1) لئن عدّ الجابري الشافعي أول مؤسّس لعلم أصول الفقه، فإنّ وائل حلّاق يشكّك في ذلك، معتبراً أنّ اكتمال ملامح هذا العلم قد حدث بعد القرن الثالث الهجري/ التاسع الميلادي، مستدلاً على هذا الرّأي بأنّ رسالته الشهيرة قد غُيّب منها الكثير من المسائل الأصولية مثل: الإجماع والنسخ والاجتهاد والعليّة، فهي لا تقدّم عرضاً لنظرية فقهية كاملة، بل غايتها الدفاع عن الحديث النبوي مصدراً للتشريع واستنباط الأحكام. راجع الرأيين فيما كتبه: الجابري، محمد عابد، بنية العقل العربي: دراسة تحليلية نقدية لنظم المعرفة في الثقافة العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط، 2009م، ص22. وحلاق، وائل، تاريخ النّظريات الفقهية في الإسلام: مقدمة في أصول الفقه السنّي، ترجمة أحمد موصللي، دار المدار الإسلامي، بيروت، 2007م، ص54-55.

(2) نذكر منها: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَـٰبَ تِبْيَـٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ﴾ [النّحل: 89]. و﴿هَـٰذَا بَيَانٌ لِّلنَّاسِ وَهُدًى وَمَوْعِظَةٌ لِّلْمُتَّقِينَ﴾ [آل عمران: 138]. و﴿وَإِنَّهُۥ لَتَنزِيلُ رَبِّ ٱلْعَـٰلَمِينَ ﴿192﴾ نَزَلَ بِهِ ٱلرُّوحُ ٱلْأَمِينُ ﴿193﴾ عَلَىٰ قَلْبِكَ لِتَكُونَ مِنَ ٱلْمُنذِرِينَ ﴿194﴾ بِلِسَانٍ عَرَبِىٍّ مُّبِينٍ﴾ [الشّعراء: 192-195] . و﴿وَكَذَٰلِكَ أَنزَلْنَـٰهُ حُكْمًا عَرَبِيًّا﴾ [الرّعد: 37]. و﴿وَلَقَدْ نَعْلَمُ أَنَّهُمْ يَقُولُونَ إِنَّمَا يُعَلِّمُهُۥ بَشَرٌ لِّسَانُ ٱلَّذِى يُلْحِدُونَ إِلَيْهِ أَعْجَمِىٌّ وَهَـٰذَا لِسَانٌ عَرَبِىٌّ مُّبِينٌ﴾ [النّحل: 103].

(3) انظر: الشافعي، الرسالة، من الصفحة 21 إلى الصفحة 53 من الجزء الأوّل، فهو =

ومن جهة ثانية، مثّلت قيمة العمل الذي أرساه الشافعي في نقل دراسة مفهوم البيان من مجرّد مواضعة لغوية[1] إلى دراسته باعتباره بياناً للأحكام الشرعية ليجسّد بذلك القاعدة النّظرية لبناء كلّ أصول التشريع. وقد حدّد الشافعي تلك الأصول انطلاقاً من ترتيب درجات البيان القرآني، واضعاً أسساً لقوانين تفسير الخطاب البياني في القرآن خصوصاً، وقد وزعها إلى خمس مراتب هي:

- بيان لا يحتاج إلى مزيد بيان وهو ما أبانه الله لخلقه نصّاً.
- بيان في بعضه إجمال فتكفلت السنّة ببيان ما يحتاج إليه من بيان.
- بيان ورد كلّه في صورة المجمل وقد تولّت السنة تفصيله.
- بيان السنّة وهو ما استقلّت به هي نفسها، ومن الواجب الأخذ به.
- بيان الاجتهاد ويؤخذ بالقياس[2].

وأجمل الأصوليون اللاحقون هذه المراتب الخمس التي وضعها الشافعي في ثلاث هي:

- النصّ، والظاهر المحتمل التأويل، واللّفظ المتردّد بين احتمالَيْن من غير ترجيح كالقرء ونحوه[3].

= يؤكّد على ضرورة أن يكون الدّارس للخطاب عارفاً بلسان العرب وملمّاً بمقاصده التعبيرية، وعلى أهميّة المدخل اللغوي في استنباط الأحكام الشرعية.

(1) تجلى مفهوم البيان بما هو مواضعة لغوية وبلاغية عند المتقدّمين مثل الجاحظ (ت 255هـ/ 896م) في مقدمة كتاب: الحيوان، تحقيق عبد السلام محمّد هارون، دار الجيل، (د.ت). وكذلك في كتاب: البيان والتبيين، تحقيق عبد السلام محمّد هارون، مكتبة الخانجي، القاهرة، 1998م. وكذلك عند ابن وهب الكاتب (335هـ/ 946م) في كتابه البرهان في وجوه البيان، وعند المتأخّرين مثل أبي يعقوب السكّاكي (ت 626هـ/ 1229م)، مفتاح العلوم، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط2، 1987م.

(2) انظر: الشافعي، الرسالة، ج1، ص21-53. والجويني الذي يستعيد تقسيم الشافعي الخماسي: البرهان في أصول الفقه، ج1، ص160-162.

(3) الشافعي، الرسالة، ج1، ص163.

وما يُلحظ هنا في ترتيب درجات البيان لدى الشافعي وسائر الأصوليين هو توزيع البيان الشرعي إلى صنفين كبيرَيْن هما:

الأول: هو أنّه بيان لا يحتاج إلى مزيد بيان وهو النصّ الظاهر المعنى القطعي الدّلالة. والثاني: هو أنّه بيان يحتاج إلى بيان لوروده على صيغ مخصوصة في التعبير تحتاج إلى بذل مجهود للوصول إلى المعنى المقصود، أو لأنّ الأمر قد يتعلّق بنازلة لم يرد فيها نصّ فيكون البيان حينئذٍ هو الاجتهاد في ردّها إلى ما فيه نصّ وقياسها عليه. وهكذا يكون الاجتهاد دوماً في نصّ وانطلاقاً منه واستناداً إليه.

وبناءً عليه يمكن أن نعي الصلات المتينة بين البحث الأصولي والبحث في أساليب اللغة العربيّة. وهذا ما يجعلنا ندرك مدى إلحاح الأصوليين وحرصهم على أن يكون الفقيه عالماً بسعة لسان العرب عارفاً بأساليبه المتنوّعة وطرق تخاطبه العديدة ووجوهه المختلفة[1].

إنّ البيان مفهوم مركزي لا غنى عنه في علم الأصول. فمنه تتحدّد ضوابط قراءة الخطاب وقواعد تفسيره وآليات استنباط أحكامه الشرعية[2]. ومن ثمّ جاء الاهتمام باللسان العربي وسعته وتعدّد طرق مخاطبته على ما يعرف من معانيه. والشافعي يستعرض وجوهاً من هذه الظّاهرة فيقول:

«إنّما خاطب الله بكتابه العزيز العرب على ما تعرف من معانيها، وكان ممّا تعرف من معانيها: اتساع لسانها، وإنّ فطرته أن يخاطب بالشيء منه ظاهراً يراد به العام الظّاهر، ويستغني بأوّل هذا منه عن آخره، وعامّاً ظاهراً

---

(1) الشافعي: (م.ن)، ج1، ص50.

(2) ربّما ما كان يهمّ الشافعي من إرسائه مفهوم البيان بالمعنى الأصولي غير ما كان يفكّر فيه الجاحظ، فالأوّل كان معنيّاً بقضية فهم النصّ القرآني في مرحلة تعدّدت فيها الأفهام بين أهل الحديث وأهل الرّأي، والثاني كان مهتمّاً بقضية الإفهام؛ أي كيفية إنتاج الخطاب. راجع: الجابري، محمد عابد، بنية العقل العربي، ص25.

يراد به العام ويدخله الخاصّ، فيستدلّ على هذا ببعض ما خوطب به وعامّاً ظاهراً يراد به الخاصّ وظاهراً يُعرف في سياقه أنّه يراد به غير ظاهره، فكلّ هذا موجود علمه في أوّل الكلام أو وسطه أو آخره، وتبتدئ الشيء من كلامها يبين أوّل لفظها فيه عن آخره، وتبتدئ الشيء يُبين آخر لفظها منه عن أوّله، وتكلّم الشيء تعرفه بالمعنى دون الإيضاح باللّفظ كما تعرف الإشارة، ثمّ يكون هذا عندها من أعلى كلامها لانفراد أهل علمها به دون أهل جهالتها، وتسمّي الشيء الواحد بالأسماء الكثيرة، وتسمّي بالاسم الواحد المعاني الكثيرة»[1].

تكمن قيمة هذا الاستشهاد، في وعي الشافعي باتساع العربية وتنوّع أساليبها، في الدلالة على المعاني. ولذلك استعرض وجوهاً من هذا التنوّع في تعبير اللّفظ عن المعاني، وقد كان ذلك منطلقاً لتحديد الضوابط والشروط التي عمل الأصوليون على تأصيلها في قراءتهم للنصّ القرآني، ومنها ضابط حمل القرآن على الظّاهر. وهو ما أشار إليه الشافعي في كلامه السّابق، ويُقصد به التزام المفسّر بأعراف اللغة العربيّة ومنطقها في الإفهام. فالظّاهر هنا هو ما يوفّره النصّ من دلالة لغوية واضحة، أي المعنى اللغوي المتبادر من تداول الخطاب أو استعماله، لأنّ التخاطب يخضع لشروط ومقتضيات مسبقة بين المتخاطبين. ويسمّى عند الأصوليين بعادة العرب في الخطاب أو عرف التخاطب[2]، الذي يعدّ تجاوزه خرقاً لنواميس اللغة في الخطاب وتحريفاً لمعانيه ومقاصده. وقد أورد الشاطبي المعنى ذاته الذي عبّر عنه الشافعي قبله عندما تحدّث عن بيان قصد الشارع من وضع الشريعة للإفهام في سياق حديثه عن البيان القرآني[3].

---

(1) الشافعي، الرّسالة، ج1، ص52.

(2) الفرّاء، أبو يعلى (ت 458هـ/ 1066م)، العدّة في أصول الفقه، تحقيق د. أحمد بن علي بن سير المباركي، دون ناشر، ط2، 1990م، ج5، ص1625.

(3) وذلك في قوله: «فبمعنى أنه أنزل على لسان معهود العرب في ألفاظها الخاصة =

1-2- أسس القراءة في الخطاب الشرعي وإشكالات التغيّر الدّلالي:

إنّ المبدأ الذي ينطلق منه الأصوليون دوماً في التفسير، أو في البحث عن الحكم الشرعي من النصّ، هو حمْل الخطاب على الظّاهر[1]، لأنّ هذا الحمل سوف يفضي بالضرورة عندهم إلى إدراك المعنى الحقيقي للخطاب بما يجعلهم يتجنّبون أهواء الذات، ووفقاً للقرافي لا يجوز حمل الكلام على خلاف ظاهره إلا بمعونة الأدلّة، فإن اختفت الأدلّة حصل القطع بأنّ الظّاهر مرادٌ[2]، فالأصل في دلالة الألفاظ على المعاني، وهي إحدى أهم الطرق المفضية إلى الكشف عن حقيقة المعنى في الخطاب، هو المعنى الظّاهر المتبادر إلى الذهن والجاري بحسب عوائد العرب في القول والفهم. والأصل في كلام الشارع ونصوص أحكامه أنّها قوالب لمدلولاتها الظّاهرة، ويقتضي الواجب العمل بهذا الظّاهر المطلق على إطلاقه والعام على عمومه ما لم يرد دليل مقنع يبيح العدول عنهما إلى غيرهما. وهذا ما أكّد على معناه إمام الحرمين الجويني[3]،

= وأساليب معانيها، وأنها فيما فطرت عليه من لسانها تخاطب بالعام يراد به ظاهره، وبالعام يراد به العام في وجه والخاص في وجه، وبالعام يراد به الخاص، والظاهر يراد به غير الظاهر، وكل ذلك يعرف من أول الكلام أو وسطه أو آخره». الشاطبي، الموافقات، ج2، ص66.

(1) مصطلح الحمل مهمّ وله قيمة لغوية لايستهان بها عند الأصوليين. الحمل على حدّ تعبير الأصوليين هو ضرب من البحث عن مرادات الله ورسوله، وهي التي تحوم حولها الأحكام الشرعية المقيّدة لسلوك المسلم ووجدانه. راجع: يونس، محمد علي، علم التخاطب الإسلامي، الفصل المخصص لمفهوم الحمل، دار المدار الإسلامي، 2006م، ص73.

(2) القرافي، شهاب الدّين (684هـ/ 1285م)، نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوّض، المكتبة العصرية، بيروت، ط4، 1425هـ/ 2005م.

(3) «فقد تقرّر أننا متعبّدون بالجريان على مقتضى الألفاظ العربية إذا صدرت من الشارع ولم يثبت مخصص مانع من إجراء مقتضى اللفظ». الجويني، البرهان في أصول الفقه، ج1، ص357.

ووضّحه ابن قيم الجوزية (ت 751هـ/ 1350م) أيضاً بمناسبة حديثه عن العلاقة بين اللفظ والمعنى في الحكم الشرعي وعن أقسام الألفاظ[1].

غير أنّ هذه الدعوة إلى التزام ظاهر الخطاب لم تكن تعني بالضرورة عدم الاعتراف بالتحوّل الدّلالي للألفاظ والتسليم بتوقفهم عند حدود الدلالة الحرفية للفظ فحسب، وإنّما كانوا يشترطون التقيّد بمنطق اللغة العربية في هذا التحوّل الذي يؤثّر في دلالة الألفاظ. ولذلك لا يعدّ التمسّك بالظّاهر شكلاً من أشكال الوقوف عند الدّلالة الحرفية كما شاع في بعض الدّراسات الحديثة. فالألفاظ من وجهة نظرهم يعتريها نوع من التحوّل تبعاً لسياق استعمالها في دلالاتها على المعاني[2]. وبناء عليه إنّ مراعاتها لسياق الخطاب ضروري في التماس معنى النصّ. وقد عبّر ابن خلدون عن ذلك حين تحدّث عمّا يقتضيه درس أصول الفقه من ضرورة الأخذ في الاعتبار ما تفرضه قوانين اللغة في معرفة دلالات الألفاظ الوضعيّة مفردة ومركبة، ولاسيما بعدما اعترى اللسان العربي من الفساد ما يجعل من المستعصي على الفقيه أن يتناول الخطاب الشرعي وهو بعيد عن تلك المعرفة[3].

إنّ النصّ المعني بالقراءة والتفسير والتأويل هو النصّ الشرعي/ الدّيني الذي وردت ألفاظه ومعانيه موصولة بما درج عليه العرب في طرق بيانهم.

(1) في قوله: «إذا ظهر قصد المتكلم لمعنى الكلام أو لم يظهر قصد يخالف كلامه وجب حمل كلامه على ظاهره... والأدلة إنما تدلّ على ذلك، وهذا حق لا ينازع فيه عالم». ابن قيم الجوزية، إعلام الموقّعين عن رب العالمين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، 1973م، ج3، ص108-109.

(2) انتبه الإسفراييني إلى أنّ الحقيقة اللغوية الأصلية قد لا تكون الأساس الوحيد لمفهوم «الظاهر» إذا تطوّر الاستعمال العرفي ليصير معنى آخر يتبادر إلى الفهم من اللّفظ، وربّما أصبحت الحقيقة الأصلية مهجورة. انظر كتاب أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات، لعبد الله بن الشيخ محفوظ بن بيّة، المكتبة المكيّة ودار ابن حزم، ط1، 1999م، ص27.

(3) ابن خلدون، المقدّمة، ص360.

ولذلك ينبغي أن يقرأ بما يناسب لغتهم ويوفره السياق الذي وقع فيه تداول كلامهم وفقاً لمقتضى طريقة العرب في التعبير عندهم ومعهود خطابهم ومقاصده وأساليب معانيه ومناويله في توزيع المعاني على الألفاظ. ويمثّل هذا الفهم قاسماً مشتركاً بين العديد من الأصوليين على اختلاف مذاهبهم. فالطوسي (ت 460هـ/ 1068م)، الأصولي الشيعي، يتبنّى هذا الرأي قائلاً: «والله تعالى قد خاطب بالمجاز كما خاطب بالحقيقة، وكذلك الرسول عليه وآله السلام، ومن دفع ذلك لا يلتفت إلى قوله، وليس ذلك بمؤدٍّ إلى الحاجة، لأنّ الله تعالى استعمل ذلك على عادة العرب في خطابها في استعمال الحقيقة والمجاز»[1].

ومن أهمّ ضوابط القراءة والتأويل، التي يَعدّها هؤلاء صحيحة، ضابط قراءة النصّ اللغوي بالوقوف عند حدود قوانين اللغة في الاستعمال بين المتخاطبين أو ما يعبّر عنه القرافي (ت 684هـ/ 1285م) «بأخذ الكلام بما يوافق معهود الخطاب المتبادل بين المتكلّمين وعرف المخاطب وعاداته المطردة في كلامه. ذلك أنّ كلّ متكلّم له عرف في لفظه. وعليه فإنّ لفظه يحمل على عرفه»[2]. وبمقتضى هذه المعطيات أمكن لعدد من الأصوليين حصر شروط القراءة في الضوابط الثلاثة الآتية:

- معهود الخطاب وعرف المتخاطبين وسياق التخاطب.

ومن منطلق هذه المسلمة أقرّوا أن الفساد يعتري القراءة في حال تجاهل تلك الضوابط والاعتبارات، ولاسيّما حين يُقرأ النصّ بعيداً عن معهود الخطاب الذي تمّ تداوله بين المتخاطبين، وقد لخّص الشاطبي (ت 790هـ/ 1388م) رؤية الأصوليين الكاشفة عن أسباب ذاك الفساد في سياق الردّ على

---

(1) الطوسي، أبو جعفر، عدّة الأصول، تحقيق محمد رضا الأنصاري القمّي، مؤسسة آل البيت، (د.ط)، (د.ت)، ج1، ص38.

(2) القرافي، شرح تنقيح الفصول، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة المتجددة، (د.ت)، ج1، ص211.

من يتجاهل تلك الضوابط، ويتخذ من المقدمات العقلية بديلاً وعماداً لقراءته بقوله: «وأصل ذلك كلّه الإعراض عن مجاري العادات في العبارات ومعانيها الجارية في الوجود»[1]. ولذلك من الطبيعي أن يلحّ الأصوليون كثيراً على ضرورة تضلع المجتهد أو قارئ الخطاب الشرعي من اللغة العربيّة كي لا يقع في الخلط[2]. إضافة إلى ضرورة وعي السامع بمقاصد المتكلّم وعاداته في خطابه. ومن هنا يتبيّن لنا المدخل إلى الإشكاليّة المطروحة على الدّرس لدينا في مدى حرص هؤلاء الأصوليين على ضرورة مراعاة العادة والعرف في استعمال الخطاب، ولاسيما تلك الوشائج الدقيقة التي تربط اللفظ بدلالته، ويتحكّم فيها القصد كما يقولون، أو فيما يسميه الشاطبي المقاصد الاستعماليّة التي تقضي العوائد بالقصد إليها[3]. ويخضع ذاك القصد عادة لعدّة اعتبارات أهمّها عرف المتكلم وعادته. ومن هنا كان الإلحاح على ضرورة وعي السامع بمقاصد المتكلّم وعاداته مثلما عبّر الشاطبي عن ذلك في تلخيص رؤية الأصوليين السنّيين لإشكالية الصلة بين دلالات الخطاب والعرف[4].

1-3- العادة والعرف وضوابط القراءة:

لمّا كان الأصل في قراءة الخطاب هو الاعتماد على المعنى الظاهر المتبادر إلى الذهن والجاري بحسب عوائد العرب في القول والفهم والإفهام.

---

(1) الشاطبي، الموافقات، ج4 ص327.

(2) الشافعي، الرّسالة، ص179-235.

(3) الشاطبي، الموافقات، ج3، ص269.

(4) «لابد في فهم الشريعة من اتّباع معهود الأميين، وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانهم، فإن كان للعرب في لسانهم عرفٌ مستمر فلا يصحّ العدول عنه في فهم الشريعة، وإن لم يكن ثمّ عرفٌ فلا يصحّ أن يُجرى في فهمها على ما لا تعرفه، وهذا جارٍ في المعاني والألفاظ والأساليب... وإذا كان كذلك فلا يستقيم للمتكلّم في كتاب الله أو سنة رسول الله أن يتكلّف فيهما فوق ما يسعه لسان العرب. وليكن شأنه الاعتناء بما شأنه أن تعتني العرب به، والوقوف عند ما حدّته». الشاطبي، (م.ن)، ج2، ص82.

ولمّا كان كلام الشارع ونصوص أحكامه ليست إلا قوالب لمدلولاتها الظاهرة، فإنّ الأصوليين اعتنوْا بمسألة القصد والمراد والغاية من كلام المتكلّم، ورأوا فيها مرتكزاً أساسياً لاستثمار دلالات الخطاب واستنباط معانيه وأحكامه منه، فدلالته لديهم «تابعة لقصد المتكلّم وإرادته»[1]. والقصد أو المراد هنا هو أحد الأدلّة التي يمكن أن تنزاح بالمعنى الظاهر في اللغة إلى معنى آخر استعمالي أو عرفي[2]، أو ما جرت عليه العادة ولم يعرف في أصل الوضع. وقد تحدّث ابن القيم عن دوره في تخصيص كلام المتكلم أو تعميمه معتبراً أنّ العبرة بالإرادة لا باللفظ قائلاً: «والفقه هو فهم مراد المتكلّم من كلامه، وهذا قدر زائد على مجرّد فهم اللّفظ في اللّغة وبحسب تفاوت مراتب النّاس في هذا تتفاوت مراتبهم في الفقه والعلم»[3]. ومن ثمّ لفت الأصوليون النّظر إلى الفرق بين فهم الكلام وفهم المراد منه. فالأول هو المعنى المستنبط من المواضعة اللّغوية ومقتضيات القرائن المحيطة بها. والثاني هو المعنى المستنبط من قصد المتكلّم من خلال الرّبط بين دلالة الكلمات في علاقاتها التركيبية والإلمام بعرف الشارع ومقاصد الشريعة. وهذا ما عبّر عنه الزركشي (ت 794هـ/ 1392م) بـ«التفسير بالمقتضى من معنى الكلام والمقتضب من قوّة الشّرع»[4]. وقد نبّه عدد من هؤلاء الأصوليين إلى ضرورة الاحتياط في اعتبار مقاصد المتكلم أثناء تنزيل اللفظ على أكثر

---

(1) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج1، ص409.

(2) الغزالي، أبو حامد، المستصفى، تحقيق محمد بن سليمان الأشقر، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط1، 1997م، ج1، ص180 و223.

(3) الغزالي، أبو حامد، (م.ن)، ج1، ص219.

(4) والمقصود بذلك هو عدم تفسير القرآن بمجرّد الرأي والاجتهاد بغير أصل، وإنما كان ضرورياً الرجوع إلى الضوابط البيانية والعودة إلى أهل اللغة ومعرفة ناسخه ومنسوخه وسبب نزوله، ولا يخفى من هذا الموقف الردّ على التيارات الباطنية التي اتخذت من العرفان دليلاً للتفسير. راجع: الزركشي، محمد بن بهادر، البرهان في علوم القرآن، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، دار التراث، القاهرة، ط2، 1984م، ج2، ص161.

مفهوماته[1]، لأنّ الألفاظ قد لا تقصد لذواتها بل تكون أحياناً أدلّة على مراد المتكلّم[2]. وبغضّ النّظر عن الشروط التي وضعت لمعرفة مقصد المخاطب وغاياته وأغراضه كالقرائن ومقتضيات الأحوال المحيطة بالخطاب، فضلاً عن المعايير التي نظّموا بها العلاقة الدلالية بين اللفظ والمعنى وفقاً للمعنى الذي وضع له أصلاً (العام/الخاص) وللاستعمال (الحقيقة/المجاز) ودرجة الوضوح (المحكم/المتشابه)، فإن ما يعنينا ضمن هذه الإشكالية هو الوقوف عند عرف المتكلّم وعاداته في الخطاب، وهو ما يطلقون عليه في الغالب عبارة «عادة الشارع» في خطابه[3]. ويتحقق الوقوف على عرف المتكلّم من خلال استقراء مختلف استعمالات ألفاظه ودلالاتها على معانيها عبر تتبعها وسبرها ومعرفة وجوهها ونظائرها أثناء التداول. وما ذهب إليه ابن تيمية (ت 728هـ/ 1328م) يؤكّد ذلك حينما رأى أنّ اللفظ يدلّ إذا عُرفت لغة المتكلّم التي يتكلّم بها وهي عادته وعرفه التي يعتادها في خطابه وهي تقترن بالقصد والاختيار. وينبّه في ذلك إلى ضرورة أخذ دلالة كلام الرّسول والقرآن انطلاقاً من حملها على عادات التخاطب في عصرهما لا على العصور التي تلتهما، ولذلك كان من الواجب لكلّ من أراد الاعتناء بألفاظ الرسول ومراده أن يذكر نظائر اللفظ ليتبيّن له من مراده مالا يتبيّن لغيره[4].

1-4- الحقيقة والمجاز وإشكالية الدلالة العرفيّة:

من المباحث التي أسهب قدماء الأصوليين فيها، وكشفت عن وعيهم

(1) الرازي، فخر الدّين، المحصول في علم الأصول، ج5، ص43.

(2) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج1، ص218.

(3) هذا المصطلح كثير الورود عند علماء الأصول: الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج3، ص285. والقرافي، الفروق، أو أنوار البروق في أنواء الفروق، تحقيق خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998م، ج3، ص166. والغزالي، المستصفى، ج2، ص34.

(4) ابن تيمية، «مجموع الفتاوى»، تحقيق: أنور الباز وعامر الجزّا، دار الوفاء، ط3، ج7، ص115.

وإدراكهم لجوانب مهمّة من التغيّر الدلالي الذي تتعرّض له ألفاظ الخطاب عند التداول في الزّمن وفي إطار ظروف حافّة باستعمالها فضلاً عن تدخّل عوامل متنوعة مؤثرة فيها هي الحقيقة والمجاز. وهي أحد المباحث التي شغلت معظم الأصوليين في سياق بحثهم عن آليات تتحكّم في ضبط طرق دلالة الخطاب وصولاً إلى مبادئ استثمار المعاني واستنباط الأحكام. ويُعدّ أبو الحسين البصري (ت 436هـ/ 1045م) أحد أكبر الأصوليين الذين كرّسوا حيّزاً مهماً لمسألة الحقيقة والمجاز في الخطاب باعتباره من أهمّ أبواب علم أصول الفقه[1]. فمن خلال هذا المدخل كان تطرّقه إلى إشكالية الدّلالة العرفيّة وعلاقتها باللغة والمجاز والشرع لينتهي إلى ضبط دورها في تحديد بعض دلالات الخطاب الشرعي. وحتى نفهم هذا الدّور يتوجب علينا تتبع المراحل النّظرية التي قطعها الأصوليون في أعمالهم لضبط معنى الدلالة العرفية في الخطاب عموماً وصولاً إلى تبيّن أدوارها في الخطاب الشرعي على وجه الخصوص.

لقد كان منطلق حديث الأصوليين عن الدلالة العرفية من خلال مبحث حدّ الحقيقة والمجاز وبيان أوجه التباين والتقاطع بينهما في الخطاب عموماً. وكان أبو الحسين البصري من أوائل من اهتم بهذه الإشكالية ضمن مباحث الأصول اعتماداً على مفهوم الوضع أو المواضعة. فالحقيقة تفيد ما وضعت له في أصل الاصطلاح الذي وقع التخاطب به. أمّا المجاز فهو يفيد معنى مصطلحاً عليه غير ما اصطلح عليه في أصل تلك المواضعة التي وقع

(1) يقول: «اعلم أنّه لمّا كانت أصول الفقه هي طرق الفقه، وكان الفصل بين الحقيقة والمجاز تفتقر إليه معرفتنا بأنّ الأمر والنهي والعموم ما الذي يفيد على الحقيقة وعلى المجاز وجب تقديم أقسام الكلام وذكر الحقيقة منه والمجاز وأحكامهما وما يفصل بينهما على الأوامر والنّهي». راجع: أبو الحسين البصري: «المعتمد في أصول الفقه»، تحقيق محمد حميد الله ومحمد بكر وحسن حنفي، دمشق، المعهد العلمي الفرنسي للدراسات العربية، 1964م، ج1، ص11.

التخاطب فيها[1]. ومن ثمّ فرّع البصري الحقيقة، بحسب موضع إفادتها، إلى لغوية وعرفية وشرعية[2]. وحصرها الآمدي (631هـ/ 1234م) في اللغوية والشرعية فحسب مدمجاً العرفية صنفاً من أصناف الحقيقة اللغوية[3]. وضمن هذا الإطار أيضاً ميّز البصري بين العرفي والشرعي من جهة والمجازي من جهة ثانية، معتبراً أنّ دلالة الأولَيْن هي في كونهما مجازاً بالإضافة إلى المواضعة الأصلية، وليسا مجازاً بالإضافة إلى المواضعة العرفيّة[4]، فاللّفظ الذي يفيد دلالة عرفيّة يفيدها لمواضعة لغويّة طارئة على المواضعة الأصلية في اللغة.

ووفقاً لهذا التمييز بين مفهومَيْ الحقيقة/المجاز، حاول البصري حدّ الاسم العرفي وبيان أوجه صلاته بالمجاز، فعرّفه بأنّه «ما انتقل عن بابه بعرف الاستعمال وغلبته عليه لا من جهة الشّرع وهو ما يفيد ظاهره استعمالاً طارئاً من أهل اللغة ما لم يكن يفيده»[5] من قبل. وهكذا قسّم أغلب الأصوليين الاسم العرفي، بحسب قربه أو بعده، عن المجاز إلى:

- ما لا يستعمل في غيره أي بجعله مستعملاً في بعض ما كان يفيده في اللّغة مثل قولنا «دابّة»، وهي تفيد في العرف الفرس وفي اللغة ما يدبّ، أي الاشتقاق من الدّبيب. وكان يطلق على كلّ شخص يدبّ، لكنّه تحوّل بحكم العرف للدّلالة على حيوان مخصوص، فلم يعد يفيد ما كان يفيده في اللغة، وغدا الاسم مقتصراً على الفرس دون غيره[6].

(1) البصري، (م.ن)، ج1، ص16.
(2) قسّم البصري الحقيقة بحسب المواضع التي تكون حقيقة فيها، وذلك بحسب إطلاق فائدتها، وبحسب كونها مشروطة، وبحسب دلالتها، وترد القسمة التي ذكرتها ضمن الموضع الأول. راجع: (م.ن)، ج1،ص19.
(3) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، ص27.
(4) البصري، المعتمد، ج1، ص17.
(5) (م.ن)، ج1، ص27.
(6) (م.ن)، ج1، ص27، و278.

- وما يستعمل في غير ما كان مستعملاً فيه في اللغة. وهو المتحوّل إلى مجاز فيما كان حقيقة فيه في اللّغة كعبارة الغائط[1]. وقد فسّر الآمدي هذا النّوع بقوله: «يكون الاسم في أصل اللغة بمعنى، ثمّ يشتهر في عرف استعمالهم بالمجاز الخارج عن الموضوع اللغوي، حيث إنّه لا يفهم من اللفظ عند إطلاقه غيره كاسم الغائط، فإنه وإن كان في أصل اللغة للموضع المطمئن من الأرض، غير أنه قد اشتهر في عرفهم بالخارج المستقذر من الإنسان حتى إنه لا يفهم من ذلك اللفظ عند إطلاقه غيره، ويمكن أن يكون شهرة استعمال لفظ الغائط من الخارج المستقذر من الإنسان لكثرة مباشرته وغلبة التخاطب به، مع الاستنكاف من ذكر الاسم الخاص به لنفرة الطباع عنه، فكنوا عنه بلازمه أو لمعنى آخر»[2].

ولا تقف علاقة الاسم العرفي أو الدّلالة العرفية بالمجاز عند هذا الحدّ، بل تُعدُّ تلك الدّلالة في حدّ ذاتها معياراً فاصلاً أحياناً بين الحقيقة والمجاز، ذلك أنّ الفصل عند الأصوليين يكون بطريقتين إمّا من جهة اللّغة وإمّا عن طريق الاستدلال بعادات أهل اللغة والأسبق إلى أفهامهم. ويقصد بالطريقة الثانيّة أنّ الاستدلال يكون بأن يسبق معنى من المعاني دون آخر إلى أفهام أهل اللغة عند سماع اللّفظة دون قرينة، وهذا المعنى هو حقيقة فيما سبق إلى الفهم بحسب عبارته. ويرتبط ذلك بمعنى القصد، أي قصد الواضعين إلى أنّهم وضعوا اللّفظة لذلك المعنى الذي يسبق إلى فهم السّامع دون غيره. ثمّ إنّ أهل اللغة إذا قصدوا إفهام غيرهم معنى من المعاني يقتصرون على عبارات مخصوصة، والعبارة التي يقتصرون عليها هي حقيقة في ذلك المعنى[3].

وانطلاقاً من رصد هذه العلاقة بين العرفي والمجازي، حاول أن يرصد أوجه الاختلافات والمميزات بينهما. فما يميّز الحقيقي عن المجازي في

(1) (م.ن)، ص20. والغزالي، المستصفى، ج1، ص180.
(2) الآمدي، الأحكام في أصول الأحكام، ج1، ص27.
(3) البصري، المعتمد، ج1، ص32.

العرفي هو الاطّراد، فمتى اطّرد الاسم في معنى الحدّ الذي استعمل فيه كان حقيقة فيه. ومتى لم يطّرد فيه من غير منع كان مجازاً لأنّ المجاز لا يطّرد. ويقدّم مثالاً في إطلاق اسم «نخلة» على الرجل الطويل بأنّ ذاك الاسم لا يطّرد في كل طويل. أما إطلاق اسم «الدّابة» على الفرس فهو مطّرد[1].

وفي إطار هذا الاسترسال[2]، الذي ميّز الأسماء العرفية بين الحقيقة والمجاز وقع تقسيمها، بحسب مقامات التخاطب والكلام، إلى الأسماء العرفية العامّة والأسماء العرفية الخاصّة. فالأولى هي التي وضعت لمعنى عام ثمّ تخصّصت بعرف استعمال أهل اللغة في بعض مسمياتها كاختصاص لفظ الدّابة بذوات الأربع عرفاً. وإنْ كانت في أصل اللغة لكلّ ما دبّ. والثانية هي أن يكون الاسم في أصل اللّغة لمعنى. ثمّ يشتهر في عرف استعمالهم بالمجاز الخارج عن الموضوع اللّغوي. فلا يفهم من اللّفظ عند إطلاقه غيره. ويقدّمون على ذلك أمثلة من قبيل تعارف أهل فنّ أو علم على عبارات معينة هي بمنزلة الاصطلاحات عندهم كالنصب والرّفع والجر عند أهل النّحو لتحقيق المعاني

---

(1) (م.ن)، ج1، ص32-33.

(2) مصطلح لساني يستعمل في الدراسات التداوليّة على وجه الخصوص، ويعني المسترسل لغوياً التوسع والتمدّد، وهو في أصله مصطلح رياضي (نسبة إلى الرياضيات)، ويُعنى به مجموعة من العناصر التي يمكن الانتقال من أحدها إلى الآخر بصفة متصلة ومتدرّجة دون قطع. راجع: المجذوب، عز الدّين، مفهوم المسترسل، ضمن كتاب المعنى وتشكله، منشورات كلية الآداب، منوبة، 2003م، ج2، ص754-798. ميلاد، خالد، الإنشاء في العربيّة بين التركيب والدّلالة، دراسة نحويّة تداولية، جامعة منوبة، تونس، ط1، 2001م. وتأكيداً لمفهوم استرسال الدلالة العرفية بين الحقيقة والمجاز. يقول البصري: «والحقيقة قد يجوز أن تصير بالشرع أو بالعرف مجازاً فيما كانت حقيقة فيه، ويجوز أن يصير بهما المجاز حقيقة فيما كان المجاز فيه»: المعتمد، ج1، ص27. ويؤكّد الرّازي هذا الاسترسال بين الحقيقة والمجاز في العرف بقوله: «الحقيقة إذا قلّ استعمالها صارت مجازاً عرفياً والمجاز إذا كثر استعماله صار حقيقة عرفيّة». المحصول في علم الأصول، ج1، ص344.

المتعارف عليها بينهم، وكاصطلاح أهل الحديث على كلمات مثل الصحيح والغريب والمشهور. وهي كلمات في عرف علم الحديث ذات دلالات تخالف استعمالها اللّغوي العام. وكذلك اصطلاح علماء الأصول على ألفاظ محددة معناها من خلال عرفهم كمعنى الصحابي أو معنى الإجماع اللذيْن يتخذان دلالات غير دلالاتهما في العرف العام[1]. وكذلك الشأن في اصطلاحات علم الكلام حيث تتّخذ عبارات مثل الجوهر والعرض دلالات عرفية خاصّة بعلم الكلام فحسب[2].

ومن خلال هذا التحليل النّظري، الذي كان يسبق عادة الخوض في مسائل آليات قراءة الخطاب، مثل: التخصيص والاستثناء والأمر والنهي، يتضح لنا أنّ الغاية منه ليست مجرّد البحث النّظري اللغوي بل الانشغال بأهمية الفصل في مسألة التميز بين الحقائق الشرعيّة وسائر الحقائق الأخرى المنفصلة عنها في الخطاب[3]. ومن هذا التمييز ستنشأ مسارات تأويلية محدّدة في الدّين، ولاسيما في مفهوم التكليف الشرعي.

وسوف يقودنا هذا المدخل النظري المخصّص للحديث عن الاسم العرفي الخاص، باعتباره أحد فروع الحقيقة العرفيّة في الخطاب، تدريجياً، إلى تبيّن الدور المهم والحيوي لدلالة العرف في تأويل اللفظ بحسب وضعه

---

(1) يحدّد الغزالي بعض الأسماء العرفية الخاصة بعلم أصول الفقه، حيث يخصص معنى الصحابي عرفيّاً باعتباره أحد أدلة الفقه بـ «من كثرت صحبته»، ويخصص الإجماع عرفياً في أصول الفقه باتفاق أمّة محمد ﷺ خاصة على أمور الدّين. المستصفى، ج1، ص327.

(2) القرافي، شرح تنقيح الفصول، 1973م، ط1، ج1، ص20.

(3) هذا ما نلحظه في اقتران البحث عن الدلالة العرفية بالبحث عن الدلالة الشرعية، فالاسم الشرعي منقول عن الوضع بوساطة العرف إلى معناه الشرعي، فالصلاة معناها بالوضع اللّغوي الدعاء انتقلت بالعرف إلى الصلاة الشرعية التي تتضمن الركوع والسجود وتتضمن الدعاء. وفسّر البصري هذا الاهتمام بأنّ الشريعة جاءت بعبادات لم تكن معروفة في اللغة. راجع: البصري، المعتمد، ج1، ص24.

أو استعماله[1]. ولعلّ أهمّ أدوارِه يكمن في أحد أهم مبحث من مباحث الخطاب الشرعي ألا وهو التخصيص، أي تخصيص العامّ والمجمل بحسب تعبير الأصوليين.

2- العرف وإشكالية التخصيص:

خاض الشافعي في مسألة الدّلالة من خلال سياق تفسيره لمعنى البيان وطريقة تحديدها من النصوص وعبر التمييز بين العام والخاص[2]. وقد قام تحليله للعديد من الآيات والأحاديث في ضوء هذا التصنيف الثنائي[3]. وانطلاقاً منه غدا هذا الضرب من التحليل معياراً لكلّ عمل أساسي وجوهري لعلم أصول الفقه. وعلى هذا المنوال عرّف الأصوليون -ومنهم الجويني-

(1) راجع محمّد عابد الجابري، حيث وضّح طريقة الأصوليين في تقسيم دلالة اللفظ على المعنى بحسب الوضع والاستعمال، ودرجة وضوح معناه أو الحمل بعبارة الأصوليين. بنية العقل العربي، ص58-63.

(2) يذكر الشافعي هذا التمييز بقوله: «وكان مما تعرف من معانيها اتساع لسانها وأن فطرته أن يخاطب بالشيء منه عاماً ظاهراً يراد به العام الظاهر، ويستغني بأول هذا منه عن آخره وعاماً ظاهراً يراد به العام، ويدخله الخاص، فيستدل على هذا ببعض ما خوطب به فيه وعاماً ظاهراً يراد به الخاص». الرسالة، ج1، ص52.

(3) ارتبط معنى البيان بضرورة تمييز العام من الخاص في الخطاب الشرعي، ففي سياق التمييز بينهما يحلّل الشافعي الآية ﴿ٱلَّذِينَ قَالَ لَهُمُ ٱلنَّاسُ إِنَّ ٱلنَّاسَ قَدْ جَمَعُوا۟ لَكُمْ فَٱخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَـٰنًا وَقَالُوا۟ حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ﴾ [آل عمران: 173]، بأن الدلالة تعني بالنّاس جميع النّاس، لكن العلم يحيط أن لم يجمع لهم النّاس كلّهم ولم يخبرهم النّاس كلهم ولم يكونوا هم النّاس كلّهم. وكذلك الشأن بالنسبة إلى بعض الآيات الأخرى التي وردت فيها عبارة «النّاس» مثل الآية: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ضُرِبَ مَثَلٌ فَٱسْتَمِعُوا۟ لَهُۥٓ ۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ تَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ لَن يَخْلُقُوا۟ ذُبَابًا وَلَوِ ٱجْتَمَعُوا۟ لَهُۥ ۖ وَإِن يَسْلُبْهُمُ ٱلذُّبَابُ شَيْـًٔا لَّا يَسْتَنقِذُوهُ مِنْهُ ۚ ضَعُفَ ٱلطَّالِبُ وَٱلْمَطْلُوبُ﴾ [الحج: 73]، حيث يرى أنّ مخرج اللّفظ عام على النّاس كلّهم وعند أهل العلم بلسان العرب أريد به بعض الناس دون بعض؛ لأنّ الله لا يخاطب بهذا إلا من يدعو من دون الله إلهاً. الرّسالة، ج1، ص58-62.

التخصيص بأنّه «إفراد الشيء بالذّكر، واللفظ الخاصّ هو الذي ينبئ عن أمر يجوز إدراجه مع غيره تحت لفظ آخر، والخاص الذي لا يتّصف بالعموم هو الذي يتناول واحداً فحسب»[1]. وقد ميّزوا في هذا السّياق بينه وبين الاستثناء. فأكّدوا التصاق الاستثناء بالكلام المصدّر بالصيغة العامة، في حين أنّ التخصيص مرتبط ببيان المراد باللّفظ تأويلاً[2]، فهو من هذا الجانب وجه من وجوه البيان الذي يقتضي فهم المقصود من اللّفظ وتأويله وفقاً لمعطيات معيّنة تتحكّم فيها عدّة عوامل.

وبهذا المعنى تطرّق مبحث التخصيص إلى مختلف العوامل التي تحدّد دور السياقات الحافّة بالخطاب في ضبط لدلالته أو تحويرها، ووفقاً لما يعتريه في معاني ألفاظه من ضروب التحوّل الدّلالي طبقاً لمقاصد المخاطِب ومراده، وبناء على ما يحمله من معانٍ قد لا تتطابق مع أصل الوضع اللّغوي. وقد كان لزاماً على الأصوليين السعي إلى التوصّل إلى طريقة تجعلهم يدركون المقصد الحقيقي للخطاب سواء أكان وحياً إلهياً أم حديثاً نبوياً. وبهذا يكون مبحث التخصيص امتداداً طبيعياً لإشكالية العلاقة بين اللّفظ والمعنى في الخطاب. ولا يمكن في هذا الصدد إنكار دور الدّلالة العرفيّة في تخصيص دلالته أو في تعميمها وإجمالها. فقد تجادل الأصوليون كثيراً في دلالات الألفاظ ودورها في تصوّر الحكم النّهائي للشرع من خلال هذا التمييز بين العموم والخصوص[3].

---

(1) الجويني، البرهان، ج1، ص400.

(2) الجويني، (م.ن)، ج1، ص404.

(3) الحكم النّهائي عند الأصوليين موجود سلفاً بين طيّات خطاب الشارع (القرآن والسنة)، وهو المسمّى بالحكم الشرعي، الذي لا يمكن أن يخرج عن مفهومه المتمثل في أنّه أثر خطاب الشارع المتعلّق بأفعال المكلّفين عند الفقهاء عامّة، والأحناف خاصّة، وكذلك هو «ما رجع أهل الشّريعة في العلم به إلى الشّريعة، إما بأن يستدلوا عليه بأدلة شرعية مبتدأة أو بإمساك الشّريعة عن نقله». البصري، المعتمد، ج2، ص82.

2-1- الدّلالة العرفيّة والتخصيص:

اهتمّ الأصوليون في إطار هذا المبحث بدور العرف في الدّلالة على العموم أو الخصوص سواء في الألفاظ أم في التراكيب، ومن ضمن ما أشاروا إليه دوره في الدّلالة على بعض ألفاظ الخطاب، إذ أورد البصري مثالاً لذلك آية ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ [المَائدة: 3]، و﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النِّسَاء: 23]، مفسراً إياهما بأنّهما عامّان في تحريم سائر وجوه الاستمتاع بالأمّهات، وسائر وجوه الاستمتاع بالميتة، وينطبق هذا التعميم أيضاً في رواية جمع الرّسول بين صلاتين التي تفيد عرفياً تكرار الجمع خلافاً لدلالتها اللّغوية التي لا تفيد ذلك[1].

وفي مقابل التعميم، إنّ للعرف دوراً أهمّ هو التخصيص الذي هو أحد الطريقتيْن إضافة إلى الطريقة اللغوية[2]. ويُقصد بهذه الطريقة دور الدّلالة العرفية في تخصيص دلالة الوضع اللغوي الأوّل في الخطاب مثلما أشرنا إليه سابقاً. إذْ وجد الأصوليون في مصطلح العرف القولي أو العادة القولية ما يعبّر عن ذلك في هذا العمل على ما بيّنه الإسنوي (772هـ/ 1370م) بقوله: «ولا إشكال في أنّ العادة القوليّة تخصص العموم مثلما نصّ عليه الغزالي والبصري والآمدي ومن تبعه»[3]. ومن خلال استقراء تحاليل الأصوليين للدلالة العرفية نتبيّن أنّ معيار الاطّراد في استعمال الألفاظ وتخصيصها للدلالة هو الذي يقوم بنسخ الدّلالة الأولى «الوضعيّة» لتُنقل إلى دلالة جديدة

= وبهذا المعنى، إنّ الاستنباط سوف ينحصر في إطار البحث عن الأمارات أو الدّلائل التي تثبت حقيقة الحكم الشرعي الموجود سلفاً في الخطاب، ومن هذه الأمارات التمييز بين العام والخاص في البيان قرآناً وسنّة.

(1) البصري، المعتمد، ج1، ص192.

(2) (م.ن)، ج1، ص233.

(3) الإسنوي، جمال الدين، نهاية السول شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999م، ج1، ص444.

تحلّ محلّ الأصل المهجور كليّاً، خلافاً للعرف العملي الذي يظلّ محتفظاً بدلالة الوضع الأوّل فيمنعه من القيام بعمل التخصيص[1].

ومن المسائل، التي أشار فيها الأصوليون إلى دور العرف في تخصيص دلالة الخطاب، ما يتصل بدلالة الحروف، ففي قوله تعالى: ﴿وَٱمۡسَحُواْ بِرُءُوسِكُمۡ﴾ [المَائدة: 6] تجادل هؤلاء حول معنى الباء أتفيد البعض أم الكلّ؟ فالدلالة اللغوية تعني الكلّ، ولكنها بالعرف قد تحتمل الكلّ أو البعض وفقاً للبصري[2].

وفي سياق آخر مهم، يرد مبحث تخصيص الأسماء الشرعية مبرهناً على دور جوهري للدلالة العرفية في التخصيص وبيان وجوه النقل من المواضعة اللغوية إلى المواضعة الشرعيّة. ويتعلّق الأمر هنا بما حلّله الغزالي في دور ما أسماه بعرف اللغة في تخصيص المعاني الشرعية بوساطة التجوّز أو النقل من دلالة إلى أخرى. يرد ذلك في معرض الحديث عن التمييز بين الأسماء اللغوية والأسماء الشرعية، وأثناء تحليله للمراد ببعض الألفاظ في بعض

(1) يوضّح القرافي، في سياق الحديث عن السبب الذي يجعل من العرف القولي مخصّصاً للعام دون العرف الفعلي، بقوله: «وسر الفرق بين قاعدة العرف القولي يقضى به في تخصيص الألفاظ ببعض ما تصدق عليه لغة وبغير ما تصدق عليه لغة، وقاعدة العرف الفعلي لا يقضى به في تخصيص الألفاظ ببعض ما تصدق عليه لغة، هو أنّ العرف القولي لمّا كان عبارة عن كثرة استعمال أهل العرف العام للفظ في بعض أفراد معناه اللغوي أو في معنى مناسب لمعناه اللغوي حتى يصير الأصل مهجوراً كما عرفت كان ناسخاً للغة، والناسخ يقدم على المنسوخ، وأنّ العرف الفعلي لما كان عبارة عن كثرة استعمال أهل العرف لبعض أنواع مسمى اللفظ اللغوي في عوائدهم دون بقية أنواعه مع بقاء ذلك اللفظ اللغوي مستعملاً في مسمّاه اللغوي من غير تعرض له بنقل منه لغيره، لم يكن ناسخاً للغة حتى يقدم من حيث كونه ناسخاً على المنسوخ. وبالجملة فغلبة استعمال لفظ المسمى في غيره من حيث كونه ناسخاً يخل بالوضع اللغوي، فيؤثر في المفردات، وكلّ لفظ كان شأنه أن يركب مع لفظ فصار يركب مع غيره». القرافي، الفروق، ج1، ص315-316.

(2) (م.ن)، ج1، ص3.

الآيات مثل ﴿وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُضِيعَ إِيمَٰنَكُمْ﴾ [البَقَرَة: 143]، الذي أريد به الصلاة نحو بيت المقدس أو التصديق بالصلاة والقبلة، وكذلك قول الرسول: «نهيت عَنْ قَتْلِ الْمُصَلِّينَ»[1]، وأراد به المؤمنين خلافاً للغة، أي المصلين المصدّقين بالصّلاة. إذ يرى الغزالي أنّ تسمية التصديق بالصّلاة صلاة على سبيل التجوّز لأنّ عادة العرب تسمية الشيء بالشيء بما يتعلّق به نوعاً من التعلّق والتجوّز من اللغة نفسها. وعبارة العادة هنا تأكيد للدلالة العرفية التي تتخذها بعض الأسماء الشرعية بحكم الاطّراد في الاستعمال تجوّزاً. وكذلك الشأن فيما يتصل بأسماء شرعية كالصلاة والصيام والحج التي نقلت دلالتها عن أصل الوضع اللغوي إلى الاستعمال الشرعي، فاكتسبت دلالات لم تكن لها في البداية. ومن ثمّ هو ينفي أن تكون مثل هذه العبارات من المجمل كما يذهب إلى ذلك قاضي القضاة، لأنّ الرّسول يناطق العرب بلغتهم وبعرف شرعه. فالغالب عند عادة الشارع استعمال هذه الأسماء على عرف الشرع لبيان الأحكام الشرعيّة[2]، يفسّر حجة الإسلام ذلك بنفي إنكار تصرّف الشرع في هذه الأسماء، واستحالة ادّعاء كونها منقولة من اللغة بالكليّة كما ظنّه قوم بل عرْف اللغة هو الذي تصرّف في الأسماء من وجهين:

- الأوّل: التخصيص ببعض المسميات كما في الدّابة، فتصرف الشّرع في الحج والصوم والإيمان من هذا الجنس، إذ للشرع عرف في الاستعمال كما للعرب.
- الثاني: إطلاقهم الاسم على ما يتعلّق ويتصل به الشيء، فالرّكوع والسجود شرَطه الشّرع في تمام الصّلاة، فشمله الاسم بعرف استعمال الشرع[3].

---

(1) أخرجه أبو داود (ت 275هـ/ 889م)، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدّين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، ج4، ص282.
(2) الغزالي، المستصفى، ج1، ص189.
(3) (م.ن)، ج1، ص183.

وتأسيساً على ذلك، يتحوّل العرف إلى معيار لنقل الاسم من دلالة الوضع إلى دلالة الشّرع، وهو ما أقرّه العديد من الأصوليين بمن فيهم أصوليو المذاهب غير السنيّة مثل الإمامي الطوسي[1]، والإباضي، الورجلاني (ت 570هـ/ 1106م)[2].

والواضح هنا أنّ الغزالي استثمر مفهوم العرف (عرف الشرع) ليميّز بين دلالة الوضع ودلالة الشرع، وذلك بتخصيص جملة من الدّلالات والمعاني في باب المجمل والمبين، وتفصيل الحدود بين الاثنين. فخلال الحديث عن طرق التميز بين طرفَيْ هذه المقابلة، عُدَّت الدلالة العرفية كفيلة بوضع حدود للتمييز بينهما. ويُقدّم مثال ذلك معنى الآية الثالثة والعشرين (23) من سورة النّساء ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ لأنّ معنى الحرام هو تحريم المضاجعة والوطء، وليس النّظر واللّمس كما ذهبت إلى ذلك القدريّة. وكذلك الآية الثالثة من سورة المائدة ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾، ومعناها تحريم أكله فحسب وفقاً لقاعدة عرف الاستعمال[3].

---

(1) «وقد بينا فيما مضى أن الاسم إذا انتقل عن أصل الوضع إلى عرف الشرع وجب حمله على ما يقتضيه عرف الشرع». الطوسي، عدّة الأصول، ج3 ص7.

(2) «وقد يتعارف الناس على أسماء كانت في البداية مجازاً رجعت بالعرف حقائق كالغائط والنجو والنكاح والإيمان والكفر والنفاق والصلاة والزكاة والحج وما أشبه ذلك. وقد غيرت الشريعة كثيراً من اللغة وجعلتها حقائق في الشرع ومجازاً في اللغة بعدما كانت العكس بالعكس، ومنه قوله -عليه السلام- لعمر بن الخطاب -رضي الله عنه- وقد سأله عن الجنابة تصيب الرجل من الليل، فقال له: «توضأ واغسل ذكرك»، أراد غسل يديه ثم ذكره، ولم يرد وضوء الصلاة». الورجلاني، أبو يعقوب، العدل والإنصاف في معرفة أصول الفقه والاختلاف، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، (د.ط)، 1984م، ج1، ص42.

(3) ويفسّر ذلك بقوله: «ومن أنس بتعارف أهل اللغة واطلع على عرفهم علم أنهم لا يستريبون في أن من قال حرمت عليك الطعام والشراب أنه يريد الأكل دون النظر والمس، وإذا قال حرمت عليك هذا الثوب أنه يريد اللبس، وإذا قال حرمت عليك =

وفي هذا المعنى ينتفي الإجمال وتكتسب عبارة الحرام الشرعية دلالتها تلك انطلاقاً من تلك القاعدة التي تأسست على دلالة عرف الاستعمال، وكذلك الشأن في حديث الرسول: «إِنَّ اللهَ قَدْ تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ»[1]، الذي يَعدّه البعض مجملاً، ويرفضه الغزالي بناء على التفريق بين دلالة الوضع ودلالة عرف الاستعمال. فالمراد عنده ليس رفع الحكم على الإطلاق وإنّما الحكم الذي عرف بعرف الاستعمال قبل ورود الشّرع. والنص هنا صريح، وليس بعامّ ولا بمجمل في جميع أحكامه[2].

ويقدّم الغزالي مثالاً آخر عن دور عرف الاستعمال في التمييز بين المجمل والمبيّن، وذلك في تشخيص المجاز، فيرى في تفسير دلالة الآية الثانية والثمانين من سورة يوسف ﴿وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ ٱلَّتِى كُنَّا فِيهَا﴾ مجازاً عرفياً. ذلك لأنّ النّاس تعارفوا على أنّ مدلول القرية يوحي بإنسانيتها، أي الناس الذين يسكنون بها. ولذلك، فالمجاز هنا هو على سبيل التوسّع. فحين حذفنا لفظ «أهل» فإنّ مدلول لفظ «القرية» يقودنا، بحسب العرف، إلى المحذوف وهو المقتضى بعبارة الأصوليين[3]، أي دلالة اللفظ على مقصود المتكلّم. ويفسّر دور عرف الاستعمال في هذا المثال بأنّ السؤال لا يتوجه إلى الجماد، بل كان من المفروض أن يتوجّه فعل السؤال إلى العاقل، أي إنّ العلاقة بين فعل السؤال وما وقع عليه ذاك السؤال قد أصابها نوع من الخلل

= النساء أنه يريد الوقاع، وهذا صريح عندهم مقطوع به، فكيف يكون مجملاً؟! والصريح تارة يكون بعرف الاستعمال وتارة بالوضع». المستصفى، ص187/ 1.

(1) رواه ابن ماجه، راجع: «سنن ابن ماجه»، تحقيق: محمود خليل، القاهرة، مكتبة أبي المعاطي، (د.ت)،ج3، ص199.

(2) المستصفى، ص187/ 1.

(3) المقتضى أو دلالة الاقتضاء هو قسم من المنطوق غير الصّريح في دلالة اللّفظ، وهو بحسب تعريف السّرخسي «عبارة عن زيادة على المنصوص عليه يشترط تقديمه ليصير المنظوم مفيداً وموجباً للحكم»، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1993م، ج1 ص248.

أو الخرق، وهو ما سُمي بالمجاز المتولد عن عرف الاستعمال. وهذا يجعلنا نتّفق على وجود علاقة بين مدلول القرية واللّفظ المحذوف. وبذلك أصبح هذا الخرق مجازاً معمولاً به موصلاً إلى دلالة الخطاب العامّة. وفي ذلك نوع من المجاز أطلق عليه الغزالي تسمية «مجاز النقصان» أو «المجاز المستعمل الذي اعتادته العرب دون أن يبطل التفهيم لما فيه من التوسّع والتجوّز»[1]، اللذيْن يرتكزان في الواقع على ما جرى عليه لسان العرب في التعبير والإفهام بحكم عاداتهم في التخاطب[2].

أوضحنا سابقاً مدى وعي الأصوليين بأسس عادة التخاطب المتجسّدة حصراً في البحث عن كيفية حصول التفاهم بين المتخاطبين. وهي تقوم مباشرة على إدراك السامع لمقاصد استعمال المتكلّم أو المراد من خطابه. ومن أهمّ عناصرها مفهوم «التبادر»[3]، الذي عُدَّ عاملاً مهمّاً في تحديد معنى الاستعمال العرفي المخصّص للعموم في الخطاب. وقد يكون هذا المصطلح، الذي يتكاثف استعماله عند الأصوليين، من أهم المبرّرات التي تُتخذ لديهم لتبرير مبدأ تخصيص دلالة الخطاب، وما ينجرّ عنها من إمكانيّة

(1) الغزالي، المستصفى، ج2، ص24.

(2) يمكن مراجعة ما كتبه علي حاتم الحسن في حديثه عن تحليل الغزالي لدور الاستعمال العرفي في بناء الدلالة في كتابه: التفكير الدّلالي في الفكر الإسلامي (الغزالي نموذجاً)، دار التنوير، بيروت، ط1، 2012م، ص96-97.

(3) معنى التبادر عند الأصوليين هو ما يتبادر إلى ذهن المستعمل من دلالة لفظ أو تركيب قبل أيّ دلالة أخرى. يوضح الآمدي ذلك بقوله: «والأصل في كلّ ما يتبادر إلى الفهم أن يكون حقيقة إمّا بالوضع الأصلي أو بعرف الاستعمال، والإجمال منتفٍ بكل واحد منهما، ولهذا كان الإجمال منتفياً عند قول القائل رأيت دابة لما كان المتبادر إلى الفهم ذوات الأربع بعرف الاستعمال، وإن كان على خلاف الوضع الأصلي». الإحكام في أصول الأحكام، ج3، ص16. ولمزيد التفاصيل راجع مصطلح «تبادر»، لرفيق العجم، موسوعة مصطلحات أصول الفقه عند المسلمين، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط1، 1988م، ج1، ص374. وكذلك: يونس، محمد علي، علم التخاطب الإسلامي، ص154.

ترجيح حكم على آخر. بل قد يكون أهم العوامل التي أججت الجدل بين المذاهب حول دور الدلالة العرفية في تخصيص بعض ألفاظ الخطاب. ومنها الجدل المعروف بين الحنفية والشافعية حول معنى عبارة «الطعام» التي وردت في حديث نهي الرّسول عن بيع الطعام بالطعام[1]. فقد زعم أصحاب المذهب الأول أنّ المقصود بالطعام هو البُرّ، وحملوا لفظ الرسول في الحديث على ما جرى العرف فيه. وجعلهم يقرّون بتخصيص العرف للفظ الشارع بينما رفضت الشافعية ذلك. وفسّر أتباع أبي حنيفة ذلك بعادة المتخاطبين، وبما يتبادر إلى أذهانهم انطلاقاً من عاداتهم المعيشية وأعرافهم العملية الحاكمة على دلالة اللفظ في الخطاب. ويضربون في ذلك مثل الرجل الذي يقول لخادمه «اشتر لحماً»، ويفهم منه ما اعتادوا من أكله من اللحم. فلا يشتري سمكاً. وكذلك الحال مع لفظ الطّعام فهو محمول في معناه على ما يأكلونه فقط دون غيره من الأطعمة وما ألفوه، وما تبادر إلى الذهن زمن الحديث والقول[2].

لقد دحض هؤلاء الأحناف أن يكون اجتهادهم ضرباً من القياس في اللغة، بل عَدُّوه دالاً بالاستقراء على أنّ التبادر هو الأمارة الحقيقية، لأنّ الشارع يخاطبنا بما نفهم وما يتبادر إلى ذهننا[3]. أما خصومهم في هذه المسألة فقد ردّوا عليهم بأنّ ما ذهبوا إليه مخالف لحقيقة المراد من الخطاب

---

(1) «نهى النبي ﷺ أن يباع الطعام إذا اشتراه حتى يستوفيه». أخرجه البخاري ومسلم وابن ماجه وابن حنبل. راجع: فنسنك، (أ.ي) (A. J. WENSINCK)، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي، ليدن، مكتبة بريل، 1936م، ج3، ص553.

(2) راجع: الجويني، البرهان، ج1، ص445-446، وحسنين، حسنين محمود، «مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية»، مجلة الشريعة والقانون، (مرجع سابق)، ص141.

(3) يشير الجويني إلى حجة الحنفية، وهي أنّ الشارع -وإن لم يكن من النّاطقين باصطلاح أصحاب العرف- لا يناطقهم إلا بما يتفاوضون به. البرهان، ج1، ص447.

الشرعي ومنهم السمعاني (ت 489هـ/ 1096 م). فقد علّل ذلك بأنّ الشرع لم يوضع على العادة، وإنّما وضع على المصلحة وعلى ما أراد الله[1]. وقد علّق الجويني على ذلك معتبراً النّاس يفهمون مقتضى اللفظ لا على ما تواضعوا عليه. فالرّسالة موجّهة إلى الناس جميعاً على اختلاف ألسنتهم وما تواضعوا عليه[2]. إلا أنّ إجابة جمهور الأصوليين حول هذه المسألة كانت واضحة قاطعة مستندة إلى مبدأ العبرة بعموم اللّفظ لا بخصوص السبب. ومن ثَمَّ لا أثر للعادة في تخصيص حكم الخطاب خلافاً لما ذهب إليه الأحناف.

سوف يقودنا هذا الجدل، الذي حصل بين المذاهب في مسألة دور الدلالة العرفية في تخصيص حكم الخطاب، إلى البحث في الجدل الأوسع. وهو دور العرف سواء أكان قولياً أم عمليّاً في مبحث التخصيص. فما هي مواقف الأصوليين في هذه المسألة؟ وما هي المبرّرات المعتمد عليها في تبرير تلك المواقف؟

2-2- العرف والجدل الأصولي حول التخصيص:

كان البحث في الدلالة العرفية، باعتبارها ضابطاً رئيساً من ضوابط قراءة الخطاب وتفسيره وتخصيص بعض معانيه، المدخل الذي وضّح لنا مدى وعي الأصوليين بدور العرف في المنظومة الأصولية. وكان المثال السّابق مدخلاً يبرز لنا بشكل تقريبي المجال المسموح به للعرف داخل هذه المنظومة. فقد تبيّنا معه موقف الجمهور الرّافض، إلى حدّ ما، لسلطة مطلقة أو لدور كامل للعرف في القيام بتغيير الحكم الشرعي، أو تحوير دلالة النص

(1) السمعاني، قواطع الأدلّة في الأصول، ج1، ص193.

(2) الجويني: «فإذا ما تواضع قوم على التخصيص أو التعميم بما تعارفوا عليه وطرقهم آخرون لم يشاركوهم في تواضعهم، فإنّهم لا يلتزمون أحكام تواطئهم. والحال أن الرّسول خاطب بشريعة العربيّة الأعاجم على اختلاف لغاتها، وذلك على أساس إدراك معاني الألفاظ التي خوطبوا بها». البرهان، ج1، ص446-447.

العامّة. يتجلّى ذلك الموقف بوضوح في الجدل المحتدم بين المذاهب حول الحدّ الممكن للعرف لتخصيص العام أو تقييده من الخطاب. فكان منطلق الإجابة هو التمييز أولاً بين العرفيْن القولي والعملي، على الرغم من التداخل بينهما أحياناً، واعتبار الصنف الأول ليس إلا دلالة عرفية حاصلة من خلال علاقة أطراف التخاطب، وما يتبادر إلى الذهن، وما يحمل عليه لفظ المتكلّم. وقد مال معظم الأصوليين إلى الاعتراف بدوره في تخصيص عموم الخطاب[1]. ويعود السبب في اعترافهم بذلك إلى مسلماتهم الكلامية النّظرية حول الشريعة المنزّلة كيْ تكون واضحة وقابلة للفهم. وبناء عليه، من الطبيعي أن تكون العادات القولية وأعراف الكلام إحدى أدوات تفسير هذا العموم وشرحه[2]. بيد أنّ الإشكال الذي طرح إثر ذلك هو تحديد مرجع العرف القولي من النّاحية الزّمنية. أهو العرف المزامن للنص وقت نزوله أم العرف اللاحق له؟

وكي يتمّ الفصل في هذا الإشكال بين هذيْن الاحتماليْن وضع الأصوليون تصنيفاً معيارياً آخر هو التمييز بين الأعراف السابقة واللاحقة. وعلى أساسها حسموا المسألة في تفسير العموم من الخطاب بأن يكون ذلك في ضوء العرف السائد زمن نزول النصّ[3]. وانبنى هذا الموقف على نظرة تقوم على إمكانية فهم الخطاب أو النصّ في إطار سياقهما الثقافي والاجتماعي من

(1) البصري، المعتمد، ج1، ص278.

(2) يقول السرخسي في الربط بين غاية الإفهام والعرف: «تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال عرفاً، لأنّ الكلام موضوع للإفهام والمطلوب به ما تسبق إليه الأوهام، فإذا تعارف الناس استعماله لشيء عيناً كان ذلك بحكم الاستعمال كالحقيقة فيه وما سوى ذلك -لانعدام العرف- كالمهجور لا يتناوله إلا بقرينة. ألا ترى أن اسم الدراهم عند الإطلاق يتناول نقد البلد لوجود العرف الظاهر في التعامل به، ولا يتناول غيره إلا بقرينة لترك التعامل به ظاهراً في ذلك الموضع، وإن لم يكن بين النوعين فرق فيما وضع الاسم له حقيقة». أصول السرخسي، ج1، ص190.

(3) القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص211.

جهة. وتقوم أيضاً على مدى تبلور الوعي لديهم من خلال استقرائهم لآليات التفسير والقراءة بأنّ العرف الذي يدخل ضمن ضوابط التخاطب والفهم يمكن أن يحوّر الدّلالة الوضعيّة للألفاظ أو يلغيها، ومن ثمّ ينقلها إلى دلالة أخرى فيما أطلقوا عليه اصطلاح «المجاز المطّرد في اللسان والخطاب»[1]. وقد سجلنا سابقاً في تحاليلهم للدلالة العرفية -التي بيّنوا فيها عبر أمثلة الدّابة والغائط- كيفية انتقال تلك الألفاظ من دلالة إلى أخرى إلى أن تغدو حقيقة الدّلالة معها لا في أصل الوضع اللغوي، بل في اطّراد الاستعمال العرفي لها.

وتبعاً لذلك ميّز الأصوليون بين صنفين من العرف القولي: المفرد والمركب، فالعبارات المفردة حلّلوها ضمن دراستهم المشار إليها سابقاً في إطار التمييز بين الوضع والاستعمال. أما المركبة فهي تشير إلى علاقات دلالية معيّنة وذات دلالة خاصة كامنة في أبنية لغوية معينة. ويستدلّ أغلب الأصوليين ببعض الآيات المتضمنة لذلك مثل﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ﴾ [النِّسَاء: 23] و﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ﴾ [المَائدة: 3]. وهما آيتان يستفيض القرافي في تحليلهما معتبراً أنّ التحريم المقصود هنا متعلّق بالأفعال دون الأعيان[2].

ومع ذلك، أثار الحديث عن العرف القولي ودوره في التخصيص جدلاً واسعاً فيما يتعلّق ببعض الأحكام الشرعية التي تظهر فيها بعض الأمثلة متعارضةً أحياناً مع ظاهر النصّ. وذلك في سياق الحديث مثلاً عن شروط حكم الحنث في القسم. فقد تولّد هذا الجدل انطلاقاً من الخلاف الذي وقع بين أبي حنيفة وتلميذَيْه أبي يوسف والشيباني حول أصل اليمين أهو الحقيقة المستعملة أم المجاز المتعارف؟ ولئن ذهب شيخ المذهب إلى أنّ العبرة في

(1) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج1، ص119، ص586.
(2) القرافي، الفروق، ج1، ص313. والرّازي، المحصول، ج3، ص161.

الحقيقة المستعملة، فإنّ تلميذيْه اعتبرا الاثنين معاً. فلدى أبي حنيفة إذا حلف ألا يشرب من الدجلة فشرب اغترافاً بيده أو بكوز فلا يحنث لأنّ ليمينه حقيقة مستعملة ومجازاً متعارفاً. فالأوْلى اعتبار الحقيقة المستعملة عنده. أما لدى تلميذيْه فهو حنث باعتبار الحقيقة المستعملة والمجاز المتعارف معاً[1]. ويورد الأصوليون فيما بعد مثال من يقسم ألا يأكل لحماً ثم يأكل سمكاً، أو ألا يدخل بيتاً فيدخل مسجداً، أو ألا يجلس على بساط ويجلس على الأرض، مع أنّ الله سمّى الأرض بساطاً، أو ألا يجلس تحت سقف أو ضوء سراج مع أنّ الله سمّى السماء سقفاً والشمس سراجاً، وغيرها من الأمثلة التي يوردها هؤلاء وفي مقدمتهم الزركشي[2]. أمّا القرافي فإنّه يقدّم صراحة في هذه الأمثلة الاستعمال العرفي على الوضع اللغوي في القرآن، ويبرّر ذلك بقوله: «ففي جميع ذلك يقدم عرف الاستعمال على الشرع لأنها استعملت فيه تسمية بلا تعلق حكم وتكليف»[3].

إنّ هذا الاعتراف بدور العرف القولي في تخصيص عموم النصّ، وما يترتب عليه من إمكانية التعارض بينهما في مجالات متعدّدة منها مسألة الحنث في القسم -مثلما أوضحنا ذلك سابقاً- قد أوجد لها الأصوليون مخرجاً رأوا فيه إمكانيّة للتوفيق بين العرف القولي النّابع من عادات الناس في تخاطبهم ومداركهم للمعاني والدّلالات وبين موثوقية النص الشرعي وعلويته على جميع المصادر. ويتمثل هذا المخرج في اعتبارهم العرف مبيّناً لإرادة

---

(1) الدبّوسي، أبو زيد، تأسيس النّظر، تحقيق مصطفى محمّد القبّاني الدمشقي، دار ابن زيدون، بيروت، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، ص152-153.

(2) الزركشي، المنثور في القواعد، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، 1982م، ج2، ص378.

(3) وهو ما عبّر عنه القرافي صراحةً بقوله: «وتحرير أنّ العرف القولي يؤثّر في اللفظ اللغوي تخصيصاً وتقييداً وإبطالاً». القرافي، الفروق، ج3، ص283.

الحالف الذي يقصد فرداً معيناً من أفراد اللفظ. وعليه سوف يكون دور العرف القولي هنا هو تحديد هذا الفرد، أي تخصيص المعنى اللغوي، وليس عموم القرآن. وتبعاً لذلك، إن الأصوليين عندما اعترفوا بتخصيص العرف القولي للنص إنما قصدوا المعنى اللغوي[1]. وهذا يتماشى مع الرأي السائد بأنّ تخصيص العرف يشتمل على كلام النّاس وليس النصّ القرآني. وهو الموقف الذي لخّصه الجويني -وأشرنا إليه سابقاً- في معرض الجدل بين الأحناف والشافعية والداعم لمبدأ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، حين رأى أنّ مجرّد العرف (القولي) لا يقتضي تخصيصاً، لأنّ «القضايا متلقاة من الألفاظ. وتواضعُ الناس عبارات لا يغير وضع اللّغات ومقتضى العبارات»[2]. ولا يخفى هنا مدى ارتباط هذا الموقف الأصولي بالموقف الكلامي حول نظرية توقيف اللغات في مقابل الاصطلاح الذي عرفته المعتزلة.

وإذا كان هناك اتّفاق شبه كامل على دور العرف القولي في تخصيص بعض معاني القرآن، فإنّهم قد اختلفوا كثيراً في العرف العملي. إذْ مال الأحناف والمتأخرون منهم خاصّة -خلافاً للرأي الغالب- إلى الاعتقاد بأن العرف العملي يمكن أن يخصّص الدلالة العامة للخطاب قرآناً أو حديثاً بناء على ما أفتى به أبو حنيفة في بعض المسائل. ومنها حديث نهي الرسول عن بيع الطّعام بالطّعام المشار إليه سابقاً في معرض الحديث عن مبررات الخلاف بينهم وبين الشافعية والمالكية.

إلا أن الغالبية العظمى من الأصوليين كانوا متفقين على عدم الاعتراف بالعرف العملي مخصصاً من مخصصات الخطاب. لكنّهم أيّدوا بعض الأعراف التي رأوا أنّها تتفق معه. وقد كان ذلك التأييد بناء على تصنيف هذا

(1) القرافي، (م.ن)، ج1، ص318.
(2) الجويني، البرهان، ج1، ص446-447.

العرف وتقسيمه إلى عرف مقارن ويُقصد به السابق والمتزامن معه، وعرف طارئ ويُقصد به اللاحق للنصّ.

وقد أثارت العادات المقارنة الكثير من الجدل بين الأصوليين، على الرغم من الموقف الغالب الجانح نحو رفض التخصيص بها إذا تعارضت مع النص. والمثل في ذلك عادة شرب الدّماء التي كانت سائدة زمن الوحي، وعَدَّها البصري غير مخصصة لعمومه، بل وجب تحريمها بعموم النصّ الوارد[1]. واستثنوا من ذلك العادات العرفيّة المتعارضة مع عموم النصّ دون معارضة الرسول لها. وهي التي رأوا أنّها مقبولة بموافقته الضمنيّة أو بسكوته عنها[2]. وحتى نفهم الدّافع الذي جعل الأصوليين يراوحون بين الرفض والقبول في هذه المسألة فإنّه علينا فهم الطريقة التي تعاملوا بها مع العادات المقارنة، ولاسيما تلك التي عاصرها الرّسول. وتلك الطريقة تقوم على التمييز بين أصناف من العادات. فقد ميّز الرّازي (ت 606هـ/ 1210م) في هذا الإطار بين ثلاثة أصناف من العادات العرفية السّائدة المتصلة بالنصّ: الأولى تلك التي تشتمل على العادات المعروفة زمن الرّسول، وكانت متعارضة مع الخطاب، ولم يرفضها، أو في أقصى الحالات سكت عنها مثل السّلم ونكاح المتعة في بعض الرّوايات، قبل أن يحرّمه عمر بن الخطّاب. والثّانية تشتمل على العادات التي لم تكن معروفة في زمنه، ووضعت إثر وفاته، وهي التي قُبلت بفضل الإجماع الفقهي. أمّا الثالثة فهي تشتمل على العادات التي لا يُعلم إن كان الرّسول يعلمها أم لا. وهي صنف ينبغي أن يخضع للتدقيق الفقهي الواسع حتى يتم التحقّق من وضعه ومن قدرته على تخصيص الخطاب، على الرغم من أنّه يظلّ موضع شكّ.

---

(1) البصري، المعتمد، ج1، ص278.

(2) يشير القرافي إلى هذا بقوله: «وكذلك إذا كانت للناس عادة علم بها ﷺ، وأقرّهم عليها كانت معتبرة بتقريره». العقد المنظوم في العموم والخصوص، تحقيق أحمد الختم عبد الله، المكتبة المكّية، مكة، ط1، 1999م، ج2، ص374.

يدلّ تصنيف الرّازي على أنّ العادات العرفية لا يمكن أن تخصّص نصوص الشريعة في حدّ ذاتها، بل تحتاج إلى الدّعم بأدلّة أخرى كي تقوم بهذا الدّور. ومن ضمن هذه الأدلّة السنّة النبويّة والإجماع الشرعي؛ إذْ كان يرى في العادات التي لم يمنعها الرسول عن النّاس ما يجوز أن تصبح مخصّصة للخطاب شرط أن تكون مقرّرة في سنّته. أمّا إذا لم تكن حاصلة في زمانه فإنّها ترفض ولا يجوز التخصيص بها؛ لأنّ أفعال النّاس ليست حجة على الشّرع، ومع ذلك يُبقي الرّازي الباب مفتوحاً في هذه الحالة حين يقرّر إمكانية قيامها بدور تخصيص إذا أجمع عليها أهل الإجماع. وحينها يكون المخصّص هنا عنده هو الإجماع لا العادة[1].

وبمقتضى هذا التصنيف فإنّ العادات العرفيّة لا يمكن أن تخصّص نصوص الشريعة في حدّ ذاتها، بل عليها أن تجد سنداً أصوليّاً آخر مثل السنّة (موافقة الرسول وتقريره)، أو الإجماع الفقهي اللذيْن يضمنان عدم تعارض العادة المذكورة مع أحكام الشريعة. ويظهر في استنتاجات الرّازي، باعتباره ملخّصاً لجهود الأصوليين قبله، الاتجاه نحو موقف حصر دور العرف في مجال التخصيص الذي يكون قوامه الرّيبة والشك. ويتبيّن لنا ذلك بالخصوص في إدماجه ضمن وسائل التخصيص الظنيّة عند سائر الأصوليين الذين جاؤوا بعده[2]، وهو الموقف السائد طول العصور التي تلت انغلاق المدونة الأصوليّة واكتمالها.

ومجمل القول هنا أنّ الأصوليين قسّموا أدلّة التخصيص إلى صنفين كبيريْن: أدلّة متصلة وأخرى منفصلة. فأمّا الصنف الأوّل فإنّه يحيل على الصيغ اللغوية مثل الاستثناء والشرط. وقد وُسما بكونهما متصليْن لأنّهما

(1) الرّازي، المحصول، ج3، ص132.

(2) أدرج القرافي العادات أو العرف في بابٍ عنونه بـ «فيما ظنّ أنّه من مخصصات العموم»، راجع: العقد المنظوم في الخصوص والعموم، ج2، ص387.

يتصلان دوماً بالحكم أو الخطاب. أمّا الثاني فيحيل على الأدلّة الخارجة عنهما. وهو يتفرّع بدوره إلى صنفيْن: أدلة النقل (الدلائل السمعية) وأدلّة غير النقل. فالأولى تشير إلى القرآن والحديث، والثانية تحيل على العقل والحسّ[1]. وعلى الرغم من أن بعض الأصوليين، مثل: الرّازي والقرافي، مالوا إلى هذا التصنيف، آثر آخرون إدراج المعرفة القائمة على الحسّ في المعرفة العقليّة مثل: السُّبكي (ت 771هـ/ 1370م)[2] والغزالي[3]. وهذا ما جعل تحديد العادة والعرف صعباً.

توسّع القرافي أكثر من الرّازي في هذا التصنيف، الذي يَعُدُّ كلاً من العقل والحسّ صنفين منفصلين من أدلّة التخصيص وأضاف إليهما: الواقع، وقرائن الأحوال والعادات، وأدرجها جميعاً ضمن المخصصات غير السمعيّة[4]، ووظّف هذه الأصناف الثلاثة للإشارة إلى الأدلّة الممكنة التي قد يقتضيها النصّ. وعلى الرّغم من أنّها أدلّة غير مذكورة صراحة في مضمون النصّ أو الخطاب، قد يفهم المسلم أو المتعبّد منها ارتباط بعض النصوص بسياقات اجتماعيّة معيّنة ومحدّدة في الزمن. ومن ثَمَّ المفترضُ قيامُ هذه الأدلّة -ومنها العرف تحديداً- بسدّ الثغرات في التأويل والقراءة، والإشارة إلى التفاصيل الضروريّة التي لا يوفّرها منطوق النصّ وظاهره.

ولعلّ أهم ما يُلحظ في هذا المقام استعمال القرافي عبارتيْن تشيران إلى العرف في إشكالية التخصيص: الأولى عبارة العوائد في مسألة المخصصات غير السمعية، والثانية العادات في مسألة المخصصات الظنيّة. وقد كشف

---

(1) الرازي، المحصول، ج3، ص71.

(2) السُّبكي، تاج الدّين، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تحقيق علي محمد معوّض وعادل أحمد عبد الموجود، دار عالم الكتب، بيروت، ط1، ج3، ص301.

(3) الغزالي، المستصفى، ج2، ص99.

(4) القرافي، العقد المنظوم في الخصوص والعموم، ج2، ص289.

تحليله للمسألتيْن أنّ عمل العادات العرفيّة، دليلاً من أدلّة التخصيص، يحتاج إلى شرطيْن:

الأوّل: ينبغي أن تكون متزامنة مع النصّ المنزّل. ومن ثمّ إنّ العادات العرفية السّابقة أو اللاحقة المنقطعة لا اعتبار لها[1]. ويقدّم القرافي أمثلة لعادات النّاس في التي ينطقون بها في النّذور والوصايا والأيمان والطّلاق وغيرها، فهي تُحمل على العرف الذي تقدّم به نطقه. فلا يحمل كلام متكلّم على عادة غيره ولا يخصّص به. وكذلك لا يخصّص عموم أهل بلدة بعادة أخرى. وهذا هو السبب في رفض تخصيص العرف المتأخر عن النطق[2].

الثّاني: أن يكون العرف في التخصيص قوليّاً لا فعليّاً (عمليّاً)، وهو ما أجمع عليه الطيف الغالب من الأصوليين؛ إذْ يذكر القرافي أنّه راجع ستة وثلاثين عملاً حول هذه المسألة كلّها تتفق على أن العرف القولي فحسب هو الذي يخصّص النّصوص باستثناء الآمدي. وقد علّل ذلك بأن العرف القولي ناسخ للغة وناقل للفظ، وأنّ الناسخ مقدّم على المنسوخ عكس العرف الفعلي الذي لا ينقل ولا ينسخ. ويقدّم مثالاً على ذلك أنّه لا يلزم من لباس الصوف تغيير لفظ الثوب عن موضعه. وتبعاً لذلك ليس هناك تعارض ما بين الوضع اللّغوي والعرف الفعلي. أما العرف القولي فهو معارض للّغة، فكان القضاء به أولى.

ومع ذلك، ميّز الأصوليون اللاحقون، مثل: السُّبكي والزركشي، بين نوعيْن من العادات العرفية العمليّة التي تتصل بالنصوص الشرعية[3]:

---

(1) القرافي: «ومتى احتمل في العادة أن تكون متأخرة عن زمن النّطق، وأن تكون متقدمة، لم تخصّص بها». العقد المنظوم في الخصوص والعموم، ج2، ص374.

(2) القرافي: (م.ن)، ج2، ص373.

(3) السبكي: «رفع الحاجب»، ج3، ص345، الزركشي: «البحر المحيط في أصول الفقه»، ج2، ص521.

- الأولى تحيل ما بقي موجوداً في الواقع، على الرغم من تعارضه مع النصّ الذي يجسّد الحكم العام، والمثل على ذلك ما يشتمل على حالات: «الاستصناع» و«السَّلم» و«العرايا». وهي أمثلة تُعدّ لديهم استثناءات للأحكام العامّة المنقولة عن النّصوص، ولاسيما حديث الرّسول: «لا يَحل سَلَفٌ وبيعٌ، ولا شرْطَان في بيع، ولا ربح ما لم يضْمنْ، ولا بيع ما ليسَ عندك»[1]، الذي استنبط منه قاعدة عدم جواز بيع المعدوم. لكنّ الفقهاء أجازوها مثل عقد الاستصناع، على الرغم من أنّ قياسه على الحديث لا يجوّزه. ودافعهم إلى ذلك هو مشاهدتهم فقهاءَ السّلف في عدم إنكارهم لشيوعه بين النّاس وشهرته بإجماع[2]. وكذلك الشأن في عقد السَّلم الذي كان معروفاً في المدينة قبل هجرة الرّسول[3]. فقد رفض ابن القيّم إدراجه قياساً في حديث الرّسول، لأنّه بيع مضمون في الذمّة موصوف مقدور على تسليمه غالباً، وليس بيعاً لما يُملك ولا يُقدر على تحصيله[4]. أما بيع العرايا الذي هو بيع الثمر على الرطب، أي قبل نضجه وهو في الشجرة، فكان محلّ جدل انتهى إلى إقرار ترخيصه من لدن الرسول ذاته بعد نهيه عن المزابنة. فهو استثناء مما نهى عنه وتخصيص لعمومه كما يذهب إلى ذلك ابن قيم

---

(1) أخرجه ابن حنبل: «مسند أحمد»، تحقيق: أحمد محمّد شاكر، القاهرة، دار الحديث، ط1، 1995م، ج6، ص228.

(2) أبو بكر الجصّاص (ت 370 هـ/ 981م): "الفصول في الأصول"، تحقيق: عجيل جاسم النّشمي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، 1994م، ط4، ج4، ص118.

(3) «قدم رسول الله ﷺ المدينة والناس يسلفون في الثمر العام والعامين، أو قال عامين، أو ثلاثة -شك إسماعيل- فقال: من سلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم». البخاري، الجامع الصحيح، ج3، ص111.

(4) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن ربّ العالمين، ج2، ص19. السرخسي، المبسوط، تحقيق خليل محيي الدّين الميس، دار الفكر، بيروت، ط1، ج12، ص242، وج15، ص170.

الجوزية[1]. ولعلّ الإشكال المطروح في هذا الصنف هو: أيخصّص العرف في مثل هذه الحالة عموم النصّ أم يعدّ استثناء للحكم العام؟ وأَيظلّ الحكم قابلاً للتطبيق على حالات أخرى فيما عدا تلك الحالات أم لا؟ وأَيبقى الحكم العام نافذاً وفاعلاً، حتّى وإن كانت العادات العرفيّة معتبرة ولها أهميّة اجتماعية في حياة النّاس، أم لا؟[2] كل تلك الأسئلة أجاب عنها الأصوليون من خلال الاعتماد على التصنيف الثلاثي الذي أقرّه الرّازي.

- أمّا الثانية فهي تحيل على العادات العرفيّة اللاحقة التي تقيّد معنى النصّ وغايته. وفي هذا المستوى وجدنا اختلافاً بين الأصوليين، فقد ذهبت الحنفية إلى أنّ العادات العرفيّة اللاحقة يمكن لها تخصيص عموم النصّ أو تقييد مطلقه. واحتجّوا في ذلك بأنّ بعض النّصوص تحتوي على أحكام مطلقة مقيّدة بالعادات العرفية. ويستدلون على ذلك بأنّ عبارة الطّعام الواردة في حديث الرّسول، الذي ينهى فيه عن المراباة في بيع الطّعام[3]، إنّما المقصود به «البُرّ»، وهو الغذاء الذي كان معروفاً في المدينة حينذاك. وعليه فإنّ التحريم لن يشتمل على مطلق الطّعام. فمثلما يجوز للعرف العملي تقييد المطلق فإنّه يجوز له أن يخصّص العموم. ومن ثمّ إنّ الحكم يمكن أن يتغيّر بتغيّر العادات العرفيّة السّائدة. وهي الرؤية التي نجد صداها عند أبي يوسف

(1) في قوله: «وأما نحن فأخذنا بالسنن الثلاثة، وتركنا كل سنة على وجهها ومقتضاها، ولم نضرب بعضها ببعض، ولم نخالف شيئاً منها، فأخذنا بحديث النهي عن بيع التمر بالتمر متفاضلاً، وأخذنا بحديث النهي عن بيع الرطب بالتمر مطلقاً، وأخذنا بحديث العرايا وخصصنا به عموم حديث النهي». ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج2، ص330.

(2) قد نتبيّن ذلك بشكل خاصّ في الجدل حول بيع العرايا والمزابنة، حيث يذكر بعض المؤرّخين رفض الفقهاء، وخاصة مالك بن أنس بيع المزابنة، ثم ما لبث أن أقرّه ضمن «العرايا»، وكذلك الشأن في ربا الفضل. انظر: في تاريخ التشريع الإسلامي، ص70- 71.

(3) السرخسي، أصول السرخسي، ج1، ص171.

في حديثه عن المواد الستّة التي ذكرها في حديث الربا، ورأى من خلالها أنّ ما وضعه الرّسول في الكيل كان عادات عرفية شائعة في عصره في المدينة. وبناء عليه يمكن أن يتغيّر الحكم إذا ما تغيّرت العادة العرفيّة. وهذا ما كان يرفضه الجمهور حينما رأوا أنّ ما حدّده الرسول في المكاييل هو الوزن بالنسبة إلى الذهب والفضة، والكيل بالنسبة إلى بقية المواد. وهي مكاييل نهائية لا يمكن تغييرها[1].

وفي واقع الأمر لم يقف فقهاء المذهب الحنفي عند هذا الحدّ في ما يتعلّق بعلاقة النصّ الشرعي بالعرف العملي، بل أجازوا عادات عرفية أخرى جعلوها مخصّصة لعموم النصّ ومقيّدة لمطلقه، مثل: المرابحة[2] والوقف[3] وجواز التعرّي في الحمام للرّجال[4]، وبناء الحمّامات للنساء، على الرغم

(1) أشار السرخسي إلى هذه المسألة قائلاً: «والأصل أن ما عرف كونه مكيلاً على عهد رسول الله ﷺ، فهو مكيل أبداً، وإن اعتاد الناس بيعه وزناً، وما عرف كونه موزوناً في ذلك الوقت فهو موزون أبداً، وما لم يعلم كيف كان يعتبر فيه عرف الناس في كل موضع إن تعارفوا فيه الكيل والوزن جميعاً فهو مكيل وموزون. وعن أبي يوسف أن المعتبر في جميع الأشياء العرف لأنه إنما كان مكيلاً في ذلك الوقت أو موزوناً في ذلك الوقت باعتبار العرف لا بنص فيه من رسول الله ﷺ، ولكنا نقول تقرير رسول الله ﷺ إياهم على ما تعارفوه في ذلك الشيء بمنزلة النص منه، فلا يتغير بالعرف، لأن العرف لا يعارض النص». السرخسي، المبسوط، ج12، ص247.

(2) «وبيع المرابحة وهو مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح». الكاساني، أبو بكر (ت 587هـ/ 1474م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط2، 1986م، ج5، ص135.

(3) «وحجتهم في ذلك الآثار المشهورة عن رسول الله ﷺ وعن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين منهم: عمر وعثمان وعلي وطلحة والزبير وعائشة وحفصة رضي الله تعالى عنهم، فإنهم باشروا الوقف وهو باقٍ إلى يومنا هذا، وكذلك وقف إبراهيم الخليل صلوات الله وسلامه عليه باقٍ إلى يومنا هذا وقد أمرنا باتباعه». السرخسي، المبسوط، ج12، ص48.

(4) السرخسي، (م.ن)، ج10، ص252.

من تحريم الرّسول ذهابهن إليه[1]. وكذلك جواز البيع بالنّسيئة على الرغم من أنّه نوع من أنواع الرّبا المحرّم بنص[2].

وترد كل هذه الاجتهادات القائمة على القبول بالعادات العرفيّة السّائدة على الرغم من تعارضها أحياناً مع الأحكام في سياق إبداء المرونة في تأويل النصّ لسدّ الثغرات القائمة بين النصّ المدوّن المكتوب والعادات الجماعية التي كانت تقتضيها نظم العيش المشترك في تلك العهود. ويبدو أنّ الفوارق بين ما كانت تقرّره الأصول نظرياً حول هذه المسألة، وما يقتضيه الواقع من إجبار الفقهاء على التعامل الناجع مع الواقع ومعضلاته قد زادت في إظهار الفجوات بين كلا الفنيْن، وعكست مظهر التوتر الحاد بين ما يمليه المنزع الإيماني الذي يقوم على تقديس الكلام الإلهي ممثلاً في النصّ الشرعي باعتباره وقفاً، وما يلحّ عليه الواقع من ضرورة إيجاد حلول لقضايا النّاس الاجتماعية والمادّية بدأت تلوح مع مرور الزمن، وبدت الفجوة واضحة في القرن الثامن. وقد اعترف ابن تيمية ذاته بهذه الحقيقة، وأقرّ بالتضارب بين الأصول والفروع في هذه المسألة بالتحديد[3]. ويرد هذا الإقرار بعد أن

---

(1) «أنّ النبي ﷺ نهى النساء من دخول الحمامات بمئزر وبغير مئزر. وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول امنعوا النساء من دخول الحمامات إلا مريضة أو نفساء ولتدخل مستترة، ولكنا نقول المراد منع النساء من الخروج وبالقرار في البيوت وبه نقول، والعرف الظاهر في جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء وتمكينهنّ من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا: وحاجة النساء إلى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال لأن المقصود تحصيل الزينة والمرأة إلى هذا أحوج من الرجل، ويتمكن الرجل من الاغتسال في الأنهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك». السرخسي، المبسوط، ج10، ص254.

(2) «ولكنا نقول البيع بالنسيئة من صنع التجار، وهو أقرب إلى تحصيل مقصود رب المال، وهو الربح، فالربح في الغالب إنما يحصل بالبيع بالنسيئة دون البيع بالنقد، ولأن تسليط المضارب على المال ليس بمقصود رب المال إنما مقصوده تحصيل الربح بطريق التجارة وذلك حاصل». (م.ن)، ج22، ص67.

(3) «وقد رأيت بحوث القاضي (ويقصد ابن رجب الحنبلي) في الفقه في مسألة الوصيّة =

عرفت مدونات الفقه انتقالاً في التعامل مع العرف لم يكن علم الأصول قد أقرّه واعترف به[1].

وعلى الرغم من هذه المواقف التي اتخذها روّاد ذاك المذهب، كان جمهور الفقهاء والأصوليين من الشافعية والمالكيّة يرفضون نظرياً القول بتخصيص العادة العرفية للنص أو تقييد مطلقه. ويعلّلون ذلك بأنّهم يخلطون أيّما خلط بين العادة والعرف في كلام النّاس وكلام الشّارع. فإذا كان العرف القولي يحكم على كلام النّاس فمن باب الأولى أن يقيّد العرف العملي المطلق في كلامهم، إذ لا يجوز أن يقاس عليه كلام الله اللامتناهي.

وقد أقرّ جمهور الأصوليين بأنّ ما خصّص من عموم في النصّ فيما يتصل بالعرف المقارن ليس العادة العرفيّة بل السنّة التقريرية من جهة، وإجماع الفقهاء من جهة ثانيّة. وعلى ذاك الأساس كان القبول بالعرف عندهم مستنداً إلى تبنّي الرّسول لتلك العادات قبل أن يتبنّاها المسلمون. ولذلك كثيراً ما أسند هؤلاء الفقهاء العادة العرفيّة إلى الرّسول حتى وإن كانت متأخّرة عن عصره. وقد عبّر السّرخسي عن هذا الموقف صراحة حين كان يجد في السنّة

= لأقاربه وبعض مسائل الأيْمان، ذكر فيها أنّ اللّفظ العام يُخصّ بعادة المتكلّم وغيره في الفعل، لا في الخطاب». آل ابن تيمية (أبو البركات، أبو المحاسن، أبو العبّاس)، المسودة في أصول الفقه، تحقيق محيي الدّين عبد الحميد، مطبعة المدني، القاهرة، (د.ت)، ص124.

(1) أقرّ ابن رجب الحنبلي في قواعده أحكاماً تعترف بتخصيص العموم عبر العرف القولي والعملي معاً، ونقل عن ابن عبد السلام وغيره من اللاحقين له، مثل: الوانوغي وابن عرفة، بناؤهم لجل أحكام العقود والمعاملات على العرف العملي مخصّصاً للعموم في النص (القاعدة 121 و122)، فكانت بذلك الفروع تنفصل تدريجياً عن الأصول لتستجيب لأحكام الواقع قبل أحكام تأويل النصّ كما ضبطها الأصوليون. وسوف يكون بحث مظاهر هذا الانفصال في الفصل الذي سنخصصه لصلة العرف بالقواعد الفقهية في الباب الثالث. راجع: ابن رجب الحنبلي، القواعد، دار الكتب العلميّة، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ص273-277.

النبوية مسوّغاً للقبول بالعادات العرفية في قوله: «فإنهم تعاملوه من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر. وتعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول كبير لقوله ﷺ: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن*"، وقال ﷺ: "لا تجتمع أمتي على ضلالة**"»[(1)].

لقد كان إضفاء المشروعية على العرف المتعارض مع النصّ يمر حتماً عبر أصليْن من أصول الفقه ومصدريْن من مصادره هما: السنّة والإجماع، وهو ما ستتعرض إليه في الفصل اللاحق.

وخلافاً للرؤية الغالبة السّائدة المميزة بين العرف القولي والعرف العملي، أثار القرافي إشكالاً آخر حين رأى أنّ الأمثلة التي يقدّمها الكثير من الأصوليين حول العرف العملي ليست سوى أمثلة للعرف القولي، وهو ما جعلنا نقف عند سمة التداخل الواسع بين الصنفيْن، وهذا ما يؤكده القرافي نفسه من خلال أمثلة ملموسة ودقيقة[(2)].

ووفقاً لذلك، إنّ بعض أحكام الحنث قد تتغيّر بحكم هذا التداخل بين العرفيْن، إذ يقدّم هذا الأخير مثالاً شهيراً تجادل فيه بعض الفقهاء وهو

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج12، ص242. الحديث*: أخرجه ابن حنبل. راجع: المسند، ج3، ص505. والطبراني، مجمع الزوائد، ج1، ص217. الحديث**: أخرجه ابن ماجه. راجع: فنسنك، أ.ي، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي»، ج1، ص367.

(2) في قوله: «وأما العرف الفعلي فمعناه أن يوضع اللفظ لمعنى يكثر استعمال أهل العرف لبعض أنواع ذلك المسمى دون بقية أنواعه. مثاله أن لفظ الثوب صادق لغة على ثياب الكتان والقطن والحرير والوبر والشعر. وأهل العرف إنما يستعملون من الثياب الثلاثة الأول دون الأخيرين فهذا عرف فعلي، وكذلك لفظ الخبز يصدق لغة على خبز الفول والحمص والبُرّ وغير ذلك من أن أهل العرف إنما يستعملون الأخير في أغذيتهم دون الأولين فوقوع الفعل في نوع دون نوع لا يخل بوضع اللفظ للجنس كله، فإن ترك مسمى لفظ لم يباشر لا يخل بوضع اللفظ فإنا لم نباشر الياقوت، ولم يخل ذلك بوضع لفظ الياقوت له. نعم لو كثر استعمال الياقوت في نوع آخر من الأحجار حتى صار لا يفهم إلا ذلك الحجر دون الياقوت». القرافي، الفروق، ج1، ص317.

الحلف بعدم أكل الرؤوس. فحين جرت عادة العرب في معاشهم أكل رؤوس الأنعام، فلو أكل أحدهم رأساً آخر لوجب القول بعدم الحنث عند بعض الفقهاء، لحملهم العبارة على ما جرى عليه عرف الناس العملي أولاً، ثم لنقل العرف القولي الدّلالة من وضعها اللغوي إلى وضعها العرفي في التخاطب دون أي قرينة[1]. وعلى الرغم من إثارته لهذا الإشكال، توقف القرافي عند ترديد صدى الخلاف الدّائر بين الفقهاء حول إمكانية تخصيص النّصوص والأحكام بالعرف العملي دون حسم الجدل. وإن بدا منحازاً إلى موقف الجمهور الرافض للتخصيص به من جهة، كونه عادة عرفيّة، والمجمع على العمل به باعتباره إجماعاً من قِبل أهل الفقه[2]. إلا أنّ ذلك لم يمنعه من التلميح فعلاً إلى خطورة هذا التداخل القائم بين القولي والفعلي في بعض الأحوال إلى حدود إمكانيّة إحداث تأثير في بعض الأحكام المتعلّقة بالقسم والأيمان على وجه الخصوص[3].

هنا تكمن أهميّة الاستدلال الذي قدّمه القرافي. فهو قد خطا خطوة إضافيّة في سبيل اعتبار العرف وإدراجه ضمن أدلّة التشريع التي لا مناص منها لتذليل كل الصعاب التي تعترض المسلم في التوفيق بين ثوابت النصّ العامّة ومقتضيات الحياة الاجتماعية وتفاصيلها الدقيقة والمتنوعة. وقد كانت هذه الخطوة مندرجة ضمن الاعتراض على ما قرّره الأصوليون السابقون له

---

(1) (م.ن).

(2) «فكثير من الشراح والفقهاء إذا مر بهذه المسألة يقول فيها لا يحنث بغير رؤوس الأنعام؛ لأن عادة الناس يأكلون رؤوس الأنعام دون غيرها. ولا تجد في الكتب الموضوعة للشراح غير هذه العبارة وهي باطلة لأنهم يشيرون إلى العرف الفعلي الملغي بالإجماع» (م.ن)، ج1، ص321.

(3) يعبّر صراحة عن ذلك بقوله «قلت ما قاله من أن العرف الفعلي لا يؤثر في وضع اللفظ للجنس كله صحيح غير أن ما أراد بناءه على ذلك من أن من حلف لا يلبس ثوباً وعادته لبس ثوب الكتان دون غيره بحيث يحنث بلبس غير الكتان ليس بمسلم له» (م.ن)، ج1، ص314.

فيما يتصل بالعرف العملي أو الفعلي. فقد برهن القرافي، خلافاً لهؤلاء، على شدّة التداخل بينه وبين العرف القولي عمليّاً. ومستند التداخل هو الدّلالة العرفيّة في التخاطب، واتساع لسان العرب، وتنوّع طرق مخاطباتهم. وهو المدخل الأساسي الذي يجمل في الحقيقة كل الإشكالات التي يثيرها تعامل العرف مع الخطاب. ولعلّ هذا ما يفسّر اهتمام الأصوليين به منذ البداية باعتباره أحد أسس قراءة الخطاب بيانيّاً بالمعنى الذي أرساه الشافعي، والذي عبره توسّعت المنظومة الأصولية في اتجاه الكشف عن مصادر ثاوية داخله[1] دون أن ترتقي إلى المكانة الرّئيسة ذاتها لبقية المصادر مثل السنّة والإجماع. وهو ما سنتناوله لاحقاً.

خاتمة الفصل:

اتخذ الأصوليون المدخل البياني باباً من أبواب الاهتمام بمسألة العرف باعتباره قضية لغوية وبلاغية لا بهدف الاستدلال على إعجاز النصّ وقدرته على التأثير في المتقبلين، بل من أجل اتخاذ أرضية نظريّة للبرهنة على دوره في أحد أهم آليّات قراءة النصّ القرآني فقهياً حينما يغدو خطاباً شرعيّاً ألا وهي التخصيص. فهو أهم الأدوات التي كان ينبع منها استنباط الأحكام انطلاقاً من عموم دلالة ذاك الخطاب سواء في المعجم أم التركيب أم الدّلالة، ولاسيما أنّ مداره كان البحث عن الحكم الشرعي بما هو خطاب الشارع إلى المكلّفين حتى لا يغدو مفرغاً من محتواه الحقيقي. فتكون الرّسالة دون مقصد أو هدف أو غاية. وقد بدا لنا، أثناء محاولة تفهمنا لمنزلة العرف ضمن دراستهم لهذا الخطاب، ولها في العادة موضع الصدارة وأولويّة الاهتمام في المدوّنة الأصوليّة؛ أنّ المعالجة البيانية له لم تكن لتخلو من

(1) انظر أهمية المدخل البياني في مقالٍ لرضوان السيد بعنوان: «الشافعي والرّسالة: نظرة في التكوّن التاريخي للنّظام الفقهي»، مجلة الاجتهاد، العدد الثامن، السنة الثانية، صيف 1990م، دار الاجتهاد، بيروت، ص65-74.

إشكالات واختلافات بين الأصوليين أنفسهم عكست الخلفيات الكلامية والمذهبية والإيديولوجية من جهة[1]، وأبانت عن جملة من العوائق التي اعترضتهم، مثلما كشفت عن تعدّد زوايا النّظر إليها من جهة أخرى. ويمكن إيجاز ذلك في الاستنتاجات الآتية:

- حصر الطرح البياني الإشكاليات في مفهوم الدّلالة العرفيّة باعتبارها وجهاً من وجوه البيان في الخطاب. فكان النّظر إليها يتم من زوايا على صلة بقضايا لسانية وبلاغية ودلالية وعرفانية. ولذلك انتقلت معالجتهم إياها من إطار العلاقة بين اللغة والوضع والاستعمال إلى إطار العلاقة بين الحقيقة والمجاز إلى إطار مرجعيّة اللغة (اللّسان العربي) وإشكالية التحوّل الدلالي في سياقات التداول إلى إطار الإفهام وما يطرحه مفهوم التبادر من إشكالات تتصل بإرادة المتكلم ومقصده من تلك الدّلالة. ولئن بدا لنا أنّ الأصوليين قد استفادوا مما تبقى من ثقافة الاعتزال العقلانية في مقدماتهم النّظرية حول أصل اللغة وأساليب الخطاب التي جسّدها أصوليّاً أبو الحسين البصري ومن تبعه، فإنّهم أظهروا -على الرغم من تلك القدرة على الاستغراق النّظري-

---

(1) تجدر الإشارة هنا إلى أنّنا وقفنا، إلى حدود نهاية القرن السادس الهجري/ الثاني عشر الميلادي، على اتفاق أغلبية الأصوليين على المدخل البياني ذاته في تحليل الدّلالة العرفية، بمن فيهم الإمامية ممثلةً في الطّوسي، والإباضية ممثلة في الورجلاني، ويبدو أنّ مبحث الإفهام المتصل مباشرة بهذه المسألة كان يلحّ كثيراً على مرجعية اللسان العربي في إطاره التداولي التاريخي لجزيرة العرب في فهم الخطاب الشرعي، ولئن أوحى إلينا ذلك بمنزع إيديولوجي سنّي غايته مقاومة الثقافة العرفانية الوافدة من الشرق الأدنى (فارس والهند)، فإنّه جعلنا نتفطّن إلى ما كان يشدّ المذاهب بعضها ببعض، ويوحدها في الأصول، ويزيح عدداً من المسلمات التي تحيط بنشأة الفكر الأصولي عند الإمامية والإباضية، وهو ما يدعونا إلى البحث في تطور الأفكار الأصولية عند هذين المذهبين بعيداً عن المسلمات المسبقة التي تروج في الساحة الفكريّة اليوم، ففي كل الأحوال تبدو هناك قواسم مشتركة بينها، ولاسيما في مراحل النشأة.

ارتباكاً واضطراباً في مواءمة تلك التحاليل أثناء تناولهم إشكالية تخصيص عموم النصّ القرآني بالدلالة العرفية. فعلى الرغم من اعترافهم بدور العرف في تحوير دلالة الخطاب عموماً فإنّهم يتراجعون عن ذلك فيما يخصّ خطاب النصّ القرآني بناء على مسلماتهم الكلامية التي كانت ترفض اعتبار كلام الوحي اصطلاحاً يمكن أن تتغيّر دلالته بتغير سياقات الكلام وعادات المتكلّم. ومن ثمّ لم تمكنهم تلك الجهود النّظرية التي استثمروها من الثقافة الاعتزاليّة من تطوير البحث الأصولي الذي كان بالإمكان أن يرسو بهم على تأويل آخر يسمح لهم بالتمييز بين الثابت والمتغيّر في دلالات النصّ، ومزيد المرونة في التعامل مع الواقع. وقد يُفسَّر هذا الاضطراب بالتناقض الحاد الذي أصبح يسم العلاقة بين المؤسّسة الدينية ممثلةً في كبار الأصوليين وإلى جانبهم الفقهاء -وكانت غايتها تجسيد الدّين في صيغة قيم معيارية ثابتة لتوحيد السلوك الاجتماعي (Orthopraxie)- والواقع الاجتماعي الذي كان ينفتح دائماً على المتغيّرات (دخول عادات جديدة. تطور التجارة في القرن الثالث الهجري/ التاسع الميلادي. تشكّل فئات اجتماعية جديدة...).

- إنّ التطور الذي عرفه تناولهم لإشكالية العرف ضمن مشاغل الخطاب الشرعي، ولاسيما مع القرافي، وآل في النهاية إلى بداية الاعتراف بالعرف العملي مخصّصاً لعموم النصّ، كان ثمرة طبيعية لانفصال الفروع عن الأصول في الفقه في هذه المسألة بالذّات. وكان الدّافع إليه ضغط الواقع الذي أخذت حدّته تزداد مع مرور الزّمن. ولئن اعترف الأصوليون من المذهب الحنفي صراحة بقيمة العرف، قولياً كان أم عمليّاً، في تخصيص الخطاب الشرعي خلافاً لرأي البقية من الجمهور، فإنّ المراحل اللاحقة فيما بعد القرن الثامن/ الرابع عشر الميلادي سوف تشهد بداية الانفتاح على العرف أصلاً فرعيّاً في الحدّ الأدنى لا في مدونات الأصول بل في القواعد الفقهية وهذا ما مثلته كوكبة من الفقهاء مثل ابن نجيم الحنفي (ت 970هـ/ 1563م) وابن عابدين (ت 1198هـ/ 1784م).

- إنّ الجدل الذي رافق التأمّل في إشكاليات الدلالة العرفية لدى الأصوليين -وإن ورد في سياق عام متصل بقضايا اللغة ومنزلتها في الدلالة على حقائق الكون- لا يخفي الغاية المعيارية التي يُنتظر تحقيقها ألا وهي بناء قواعد الشريعة ومحاولة الإحاطة بالواقع المتغير والمتشعّب. فلئن كانت هذه التأملات ممهدات نظرية من أجل بناء القواعد الفقهية المتعلّقة بالعرف في المراحل اللاحقة انطلاقاً من ضبط طرق تخصيص العرف القولي للخطاب، فإنها لخّصت مزيد الوعي بمدى أهمية المعاني التي يمكن أن تكتسبها العبارات والألفاظ المستمدّة من العالم الاجتماعي والمتجذّرة في العادات والممارسات الاجتماعية المتصلة مباشرة بالحياة اليومية[1]. ومن ثمّ قد يغدو العرف مقبولاً لا لكونه متفقاً مع القواعد العامة للفقه، بل لاستجابته للحاجيات الاقتصادية والاجتماعية التي تطرح نفسها على الواقع الذي يعيش فيه المسلم.

- إنّ معالجة الأصوليين للعلاقة بين الخطاب الشرعي والعرف إن تنزّلت في إطار تأسيس المشروعيّة الدينيّة والأصولية لأحكام التكليف التي هي مقصد الخطاب ذاته، وفي إطار البرهنة على انشداد كلّ تأويل في اللغة إلى منظومة النصّ الدّلالية، فإنّ التوسّع في معالجة مسألة الدّلالة العرفية، وما استتبعه من نقاش وجدل متفاعل بين الأصوليين ذاتهم وبينهم وبين البلاغيين، من شأنه أن يدعونا إلى التفكير في إشكاليّة اللغة الدّينيّة التي تتصرّف في نظام اللّغة الأم انطلاقاً من مبدأ التحويل الدّلالي الذي تحدث عنه البلاغيون، ولاسيما الجرجاني، فلا تُنتج الدلالة من الألفاظ والتركيب، بل من خلال تحويل الدّلالة الكلّية المتولّدة عن تفاعل دلالات الألفاظ وعلاقات التركيب إلى «علاقة كليّة» تميل إلى دلالة أخرى، ومنها دور دلالة العرف بما هي أحد

---

(1) Baber Johansen, «Coutumes locales et coutumes universelles aux sources des règles juridiques en droit musulman hanefite», in: Annales Islamologiques, XXVII,1993, p.30.

أبواب «معنى المعنى» على حدّ عبارة الجرجاني (ت 471هـ/ 1078م). وهو المتبادر إلى الذهن من الدلالة قبل الوضع في بناء تلك الدلالة الكليّة متضافرة مع غيرها من الدلالات، ففي مستوى التقبّل، إن انحصر معنى الآية عند الأصوليين في الكشف عن أمارات الحكم الشرعي فإن ذلك لا يلغي تأسّس اللغة الدينية على منظومة دلالية خاصّة بها يتحوّل من خلالها مرجع العرف من العالم الاجتماعي إلى العالم الدّيني المغلق الذي يؤسّس لغته الخاصة -في جزء منها- في ظلّ إعادة تشكيل بنية اللّغة الأم، ومنها التحويل الدّلالي من الوضع إلى العرف[1].



(1) أثار هذه المسألة نصر حامد أبو زيد أثناء محاولة البحث عن الآليات التي يحوّل بها النصّ القرآني العالم إلى مجموعة من العلامات الموحدة للدّلالة، وكيفية تعامله مع اللغة الأصل (اللّسان)، وصورة الدمج بين النصّ والأحكام والعالم ضمن مرجعية النصّ الديني، وفي إطار خلق فضاء لغوي مغلق له قوانينه الخاصّة، راجع: نصر حامد أبو زيد: النص، السلطة، الحقيقة، بيروت، المركز الثقافي العربي، ط1، 1995م، ص213-248.

الفصل الثاني

العرف والأدلّة الأصليّة

(السنّة والإجماع والقياس)

مقدمة:

لئن كشف لنا الفصل الأوّل مجمل الإشكاليات المتولّدة عن طرق تعامل الأصوليين مع العرف وخلفياتهم المتحكّمة في تصور العلاقة بينه وبين الخطاب الشرعي سعياً لدرء التعارض بين ما تقتضيه دلالته وما يلزم به النص، فإنّ بحثنا في الفصل الثاني يمثّل امتداداً لذلك، لما كانت السنة النبوية والإجماع متضمَّنين في مصادر الخطاب الشرعي. ولمّا كان جوهر العمل الأصولي يتناول مسألة منهج استنباط الأحكام الشرعية انطلاقاً من ترتيب المصادر والأدلّة تفاضلياً، فمن الطبيعي أن تكون سائر الأدلة مقيّدة بالنص وشروط فهمه البياني سواء في إثبات حجيتها أم في تفصيل المجمل منه أم في تعليل ما ورد عنه. وعليه، من المتوقّع ألّا يكون لأيّ مصدر آخر مستقلّ عن هذا الفهم أي دور أو أي قيمة فقهية معتبرة ضمن هذه المنظومة. إلا أنّ التطور التدريجي لمقاربات الفكر الأصولي والانفتاح على المقولات الكلامية والمنطقية التي عرفتها المرحلة الكلاسيكية بعد جهود الشافعي، ومع بداية نضج مفاهيم المدونة الأصولية إلى حدود اكتمالها أحدث نقلة نوعيّة في تصوّر الأدلّة الرئيسة مثل: السنّة والإجماع والقياس. وقد لاح ذلك جليّاً في

النقاشات التي خاضها الأصوليون حول هذه الأدلّة بالذّات، ولاسيّما في كيفية بنائها وتأسيسها على معطى التحليل العقلي جنباً إلى جنب مع النقل. وكان من نتائجه تطور مفهوم العرف واتساع دلالته بما مكّن من استثماره في الجدل القائم حول تلك الأدلّة. وهو جدل كشف عن مقدرة الأصوليين على تبيّن وجوه العلاقة المتنوعة بينها وبين العرف في مستويات متعددة، فكيف تبدو تجلّيات تلك العلاقة؟ وما دلالاتها وأبعادها؟

1- العرف والسنّة:

أبرزنا سابقاً (في المقدمة التاريخية) ما لشأن العرف في تشكيل مفهوم السنّة النبوية قبل تشكلها اصطلاحياً داخل علم أصول الفقه. فقد ساعد المفهوم اللغوي القديم للسنّة، طول الفترة التكوينية التي تشكّلت فيها مصادر الفقه، على اختراق الأعراف المعمول بها لهذا الأصل الفقهي. وقد تكون مكانتها الثانوية في المرحلة المبكرة، مقارنة بسائر المراحل اللاحقة، هي أحد الأسباب التي جعلته مصدراً من جملة عدد من المصادر المعيارية الأخرى التي كان يرجع إليها الفقيه أو القاضي. ولئن ذهب البعض إلى أنّ جذوره تعود إلى أعمال النبي وإرثه، إضافة إلى عمل أهل المدينة، فإنّه شمل كذلك أعمال الصحابة لمّا كانوا الوسطاء الذين نُقل من خلالهم الإرث النبوي. وقد جسّد كتاب **(الموطّأ)** لمالك خير مثال على ذلك في تضمينه مواقف هؤلاء الصحابة وتابعيهم من جهة وأعراف أهل المدينة ومواقف فقهائها منها من جهة أخرى. فكانت بحق مدونة لا يستهان بها لما احتوته من قضايا الفترة الحرجة والمخاض العسير قبل ولادة العلوم الإسلاميّة. ولا ريْب أنّ ميزتها تكمن فيما عرف عنها من اعتماد متزايد على العرف مصدراً من مصادر التشريع القائم بذاته.

ومع ذلك، شهد القرن الثاني الهجري/الثامن الميلادي وبداية عصر التدوين تحوّلاً عميقاً في النشاط الفكري التأويلي للمسلمين في اتجاه تقنين العمل الفقهي، وحصر مجال الاختلافات من خلال بناء تراتبية في مصادر التشريع قاعدتها مفهوم البيان الذي أرساه الشافعي، وكانت مقدماته موجودة

سلفاً في المدارس الفقهية. فقد فرض هذا المفهوم مساراً جديداً مؤدّياً إلى ربط الأحكام المتجسّدة في الوحي وغيره من النّصوص التأسيسية بكلّ حادثة ممكنة بشكل مباشر أو غير مباشر ليؤول في النهاية إلى أداة وحيدة تفسّر جميع الأدلة ومنها العرف. ولئن كان الموقف الأصولي منحصراً في عدم الاعتراف به رسمياً مصدراً مستقلاً للتشريع كما كان عليه الحال عمليّاً في القرن الأول/ السابع، واختزال دوره ضمن أدلّة التشريع الكبرى ومنها السنّة. فإنّ الإحالة على السنة كانت تتضمّن بذاتها إحالة ضمنيّة على العرف. وخير مثال على ذلك ما تجسّد في أعمال الشافعي الفقهية والأصولية. فقد أدرج في مدونته الفقهية **(الأم)** إحالات كثيفة على الأعراف التي تعامل معها الرّسول بمنطق الإنسان المتفاعل مع عادات قومه وبيئته الاجتماعية ضمن باب السنّة[1]. لكنّه ساق في كتاب **(الرّسالة)** حديثاً عنها بعبارة مغايرة هي «العلل»[2]. وأورد ذلك في سياق تعامله مع مثال يتداخل فيه العرف بالسنّة النبوية حينما تعرّض إلى مسألة «نسخ السنة بالسنة» في اختلاف المسلمين حول جملة من أحاديث الرّسول. ففي هذا المثال عرض ملابسات موقف الرّسول الشهير من تحريم لحوم الأضاحي بعد ثلاثة أيّام، وما أثاره من تذمّر بعض الصحابة لاعتيادهم الانتفاع من الأضاحي أكثر. وعلى الرغم من أنّ ذاك الموقف كان قد ورد في ظرف خاص تمثّل في قدوم عدد كبير من الحجاج إلى مكة ممّا تسبب في عسْر مهمة الحفاظ على تلك الأضاحي، فإنّ مغزاه في الواقع لم يكن سوى معالجة لوضع عرضي دون سواه. إلا أنّ الصحابة فهموه حكماً عاماً ينطبق على جميع الظروف. وإزاء هذا

---

(1) يتضمن كتاب الأم للشافعي إحالات مكثفة على العرف أدرجها ضمن السنّة، ومنها ما ذكره في باب الحج حول شروطه، وأهمها القدرة الماليّة (ج2، ص123-124)، وكذلك الخيار في البيع في العقود (ج3، ص4)، ودور العرف القولي في البيع، والعرايا (ج3، ص54)، والسّلم (ج3، ص130)، والمهر (ج5، ص70-82)، والنفقة (ج5، ص114-117)، راجع: الأم، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1990م.

(2) الشافعي، الرّسالة، ج2، ص210.

الوضع حاول الشافعي التوفيق بين النّهي (وهو الموقف الأول) والترخيص (وهو الموقف الثاني) بالجمع بين كل تلك الرّوايات: روايتيْ علي بن أبي طالب وعبد الله بن واقد اللتيْن تنطويان على النهي ورواية أنس بن مالك المتضمنة للرخصة فيما سمعته عائشة عن الرّسول من نهي عن إمساك للحوم الضحايا بعد ثلاث للدّافة، وهو جمع بين الإمساك والرخصة. وقد لخّصه الشافعي بالقول الآتي: «وهذا يَدل على أنَّ بعض الحديث يُخَصُّ، فيُحْفظ بعضُه دون بعض، فيُحفظ منه شيء كان أوَّلاً ولا يُحفظ آخِراً، ويُحْفظ آخِراً ولا يُحفظ أوَّلاً، فيُؤَدِّي كلٌّ ما حَفِظَ، فالرخصةُ بعْدَها في الإمساك والأكْل والصدقة مِن لحوم الضحايا إنما هي لواحدٍ من مَعْنَيَيْن، لِاخْتِلَاف الحالَيْن:

«فإذا دَفَّت الدَّافَّةُ ثَبَتَ النهيُ عَن إمْساك لحوم الضحايا بعد ثلاثٍ، وإذا لم تَدِفَّ دافَّة فالرخصةُ ثابِتة بالأكْل والتَّزَوُّدِ والادِّخارِ والصَّدَقَةِ. ويُحتمل أنْ يكونَ النهي عَن إمْساك لحوم الضَّحايا بَعْد ثلاث منسوخاً في كلِّ حالٍ، فيُمْسك الإنسان مِن ضحيَّتِه ما شاء، ويتَصَدَّق بما شَاء»* [1] وعليه، من المفترض أن يكون الحديث اجتهاداً لمعالجة وضع طارئ لا اتخاذ حكم ديني نهائي ومطلق، وهذا ما فهمه الصحابة، ومع ذلك استمرّوا على عاداتهم التي برّروها بترخيص النبي لهم مثلما يذكر الشافعي ذلك حين حاول التوفيق بين مختلف الرّوايات والمواقف، فكل واحد من هؤلاء الرّواة بلّغ ما كان يعرفه وسمعه عن المسألة. وينتهي الشافعي إلى أنّ الأحاديث يمكن أن تتفق من طريقين مختلفين:

الأوّل: أنّ الرخصة قد تكون قاعدتها العادة العرفيّة الموجودة، ففي الحال التي يوجد فيها عدد من المحتاجين (الدّافة)، يكون الأولى تحريم الحفظ. أما إذا انعدمت الحاجة الماسّة فإن الرخصة هي التي تفرض نفسها[2].

---

* أخرجه النّسائي والبخاري وأبو داود ومسلم ومالك، راجع: أ.ي. فنسنك، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي، ج2، ص136.

(1) (م.ن)، ج2، ص240.

(2) الشافعي، الرّسالة، ج2، ص239.

الثاني: أنّ الجمع بين الموقفيْن غايته جعل الثاني ناسخاً للأوّل، وبناء عليه فتح الباب للمرونة في التصرف بالأضاحي وفقاً لتغيّر الظّرف[1].

ويعلّق محقق كتاب **(الرّسالة)** على ما أورده الشافعي في كونه يجسّم مثالاً موضّحاً للاختلاف بين مختلف الأعمال التي تنشأ من الأدوار المختلفة التي كان يضطلع بها الرّسول. ومن ثمّ التمييز بين دوره الاجتماعي ودوره الديني. فقد كان يتصرّف باعتباره إماماً وحاكماً ناظراً إلى مصلحة النّاس، وليس مشرّعاً لأمر عام. وقد اقترن نهيه بإبانته للعلة والسبب. ولذا موقف الرّسول ليس على ما ذهب إليه الشافعي الذي ظل يراوح بين النّسخ والاختيار، بل هو فرض محدّد بوقت أو بمعنى خاص «لا يُتجاوز بما يراه الإمام من المصلحة» وفق عبارته[2]. والجدير بالذكر أنّ الشاطبي أيضاً انتبه إلى أنّ من الشروط التي يقتضيها الفهم السّليم للحديث والسنّة معرفة عادات العرب زمن التنزيل. وهو شرط وثيق الصلة بالفهم البياني لمصادر التشريع[3].

ومع ذلك، ليس المهمّ في هذا المقام المثال في حدّ ذاته، وما أثاره من جدل قديماً وحديثاً. ولكن الطرق المعتمدة في تناول مثل هذه المواقف التي تتداخل فيها السنّة النبوية بالأعراف. فلئن أدرج الشافعي مختلف الرّوايات التي توضّح مسألة النّسخ والتخصيص في السنّة، فإنّ الجيل اللاحق سوف يستعيد الأمثلة نفسها في الأبواب ذاتها وضمن المسائل الأصولية التي أدرجها الشافعي أحياناً في أبواب أخرى مثل الاستحسان والمصلحة المرسلة والعرف. وسوف يبحث هذا الجيل عن الأسباب الكامنة وراء اعتماد حكم معيّن، وحاول استقراء أمثلة أخرى تشترك معها، مثل «السلم» الذي أدرجه الفقهاء والأصوليون لإجازة عقد «الاستصناع»[4]. ولئن تمّ إدماجه ضمن

(1) (م.ن)، ج2، ص240.
(2) راجع تعليق المحقّق أحمد محمد شاكر: الرّسالة، ج2، ص241-242.
(3) الشاطبي، الموافقات، ج3، ص351.
(4) يعني الاستصناع الاتفاق المسبق بين الصانع والحريف على صنع شيء غير موجود زمن العقد.

الحكم القائم على الاستحسان والمصلحة لاحقاً[1]، فقد وجد في قياسه على السنّة النبوية متكأ لاكتساب الشرعية الدينية والفقهية اللازمة، ومخرجاً لعدم الاعتراف المباشر بالعرف مصدراً للحكم الفقهي. وتبعاً لذلك وجدنا الأصوليين يرفضون تغيير معايير الكيل والوزن بناء على موقف الرّسول السابق من جهة، ثم يجيزون الاستثناءات للقبول بعرف جديد فرضه الواقع بحكم الضرورة. ومن ضمن تلك الاستثناءات التي أجازوها قياساً إلى السنة التقريرية بيع النسيئة التي تعدّ شكلاً من أشكال الاقتراض الشبيه بالرّبا.

إنّ حقيقة تعامل الأصوليين مع السنّة بمنطق معياري قائم على نسبة الأعراف التي قرّرها الرّسول أو أجازها باعتبارها استثناءات من القواعد المعترف بها شرعاً يكشف عن مدى الإشكال الذي اعترض العقل الأصولي على مدى عدّة قرون في التعامل مع هذا المصدر الذي يحتكم دائماً إلى متغيّرات الواقع لا إلى ثوابت النّصوص والأحكام. وإذا كنّا قد بيّنا سابقاً الجذور التاريخية لهذا المبدأ الأصولي في الرّجوع إلى المصدرين الأساسيين: القرآن والسنّة، فإنّ خصوصية تعامل الأصوليين معه سعت إلى التقليص من هذا البعد لفائدة بعد ديني قائم على إضفاء صبغة الإطلاق على الأعراف التي قبِلها الرّسول. فتحوّلت إلى أحكام صارمة ومقدّسة لا يجوز تخطيها أو تجاوزها. وهو ما تسبّب في معضلة كيفية التوفيق بين تلك القواعد التي أسبغت عليها صفة الثبات وما يقتضيه الواقع الاجتماعي من حتمية التغيير والتجديد لإضفاء المرونة الكافية على تلك الأحكام حتى تستجيب لمصلحة الناس. ويبدو واضحاً أنّ المسار الذي انتهى إليه الفكر الأصولي بناء على هذا التمشّي التأويلي منذ الشافعي، والذي تأسّس على الإعلاء من شأن السنّة بجعلها مخصّصة لدلالات أحكام القرآن العامّة ومكملة لها قد انتهى بالفقه إلى مآزق عدّة نتبيّنها في الأدلة الأخرى مثل الإجماع والقياس.

(1) راجع: علاء الدّين البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص7.

على أنّ المفارقة التي تبرز لنا من كلّ ذلك أنّه، على الرغم من التعامل بهذا المنطق الذي يقلّص من دور العرف وقيمته في السنّة التقريرية عبر نسبة الأعراف إلى الرّسول وإضفاء صبغة الإطلاق عليها (وهو موقف يتبناه الفقه عمليّاً)، فإنّ التعامل مع الحديث النبوي أبرز وجهاً آخر في التعامل مع هذه الإشكاليّة، إذْ حتّمت النشأة المتأخرة لمدوناته وما تبعها من جدل حول موثوقيتها وشروط روايتها ضرورة الوعي بدور العرف لا بما هو مصدر للتشريع والأحكام، وإنّما باعتباره شرطاً من الشروط الأصوليّة التي تضْمن الوثوق به لدى الأصوليين والفقهاء.

ولذلك لم تنحصر علاقة العرف بالسنة لدى الأصوليين فيما وقع إيراده من أمثلة تكرّس طبيعة تعامل الرّسول مع بعض أعراف واقعه لتتحوّل فيما بعد إلى أحكام معيارية تنبثق منها القواعد الشرعيّة، بل شملت العلاقة الحديث النبوي باعتباره مكوّناً أساسياً من مكوّنات السنّة النبوية دليلاً من أدلّة الأصول الكبرى[1].

1-1- العرف والحديث النبوي:

من المتعارف عليه لدى مؤرّخي العلوم الإسلاميّة أنّ الفقهاء والمحدّثين كرّسوا جهودهم طول الفترة التي كان يتشكّل فيها علم الأصول من أجل التحقّق من موثوقية الأحاديث النبوية ومدى صحتها ومطابقتها للوقائع التاريخية الملموسة، وقد تبلورت لديهم مقاييس معينة لتصنيف الأحاديث وانتقاء الصحيح من الآحاد والضعيف والمشكوك فيه منها، وتوزّعت طرق التحقيق والإثبات إلى بحث في السند وآخر في المتن.

ركز المبحث الأول على الاهتمام برواة الأحاديث من ناحية العدد والأهلية والكفاءة والنّزاهة والاستقامة. وكان معيار العدد مهمّاً، فعلى أساسه

(1) الحديث النبوي أو السنّة القولية هي الدرجة الثالثة من الدّين تلي السنة العملية التي ترد في الرتبة الثانيّة من الدّين بعد القرآن. راجع: أبو رية، محمود، أضواء على السنّة المحمّديّة، دار المعارف، القاهرة، ط6، ص12.

انقسم الحديث إلى: متواتر وآحاد. وعُدَّ الأول وفق فهمهم منقولاً عن عدد كبير من الأفراد في كلّ مرحلة من مراحل الرّواية. وأُطلق عليه «المشهور» لدى علماء الحديث. أما الآحاد فهو منقول عن واحد إلى واحد حتى ينتهي به إلى النبي أو ما انتهى به إليه دونه[1]، أو هو من يرويه أكثر من واحد ولم يستوفِ شرط التّواتر المتمثل في ألا يُؤْمَنَ تواطؤهم على الكذب[2]. ويتوزّع الأوّل إلى مستويين: المتواتر لفظاً؛ أي الذي يُكرّر لفظياً في كلّ رواية، والمتواتر معنىً؛ أي ما ينقل المعنى ذاته دون أن يكون باللّفظ ذاته[3].

ويمثّل هذا المتواتر أكثر أصناف الحديث موثوقيّة. ويُعدّ الخبر المنقول عنه قطعياً، ويحصل العلم بصدقه ضرورة على حد عبارة «ابن الصلاح»[4]. ونظراً إلى صبغة نقله الجماعيّة فإنّ أمثال هذا الحديث قلّما تتعرّض للتشكيك، ولاسيما أنّ عددها قليل مقارنة بسائر الأحاديث. بينما تظلّ موثوقيّة الآحاد متوقفة على مدى ما ستفرزه عملية الإثبات والتحقيق. وهي عملية تشتمل على الإسناد والمتن. إلّا أن المتعارف عليه أكثر لدى علماء الحديث هو أنّ توافر شروط صحّة الإسناد كفيل بأنْ يؤدّي ضرورةً إلى القبول به[5]. ويذهب غالب علماء الإسلام إلى الاتفاق على أنّ هذا الصنف من الحديث يدلّ على الظنّ لا على العلم القطعي خلافاً للمتواتر.

---

(1) الشافعي، الرسالة، ج2، ص369-370.

(2) ابن حزم، الأحكام في أصول الأحكام، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، (د.ت)، ج1، ص108.

(3) الشيرازي، أبو إسحاق (ت 476هـ/ 1083م)، شرح اللمع، تحقيق عبد المجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1988م، ج2، ص569.

(4) ابن الصلاح، تقي الدّين (ت 643هـ/ 1245م)، مقدمة ابن الصلاح، تحقيق نور الدين عتر، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1986م، ص267.

(5) من المتعارف عليه أن الشافعي خصّص فصلين من كتاب الرسالة لخبر الواحد، وعَدَّه حجّة إذا كان في كل سلسلة من سلاسل الإسناد راوٍ ثقة، معروفٌ بالصدق، عاقلٌ، وعالمٌ بما يحيل معاني الحديث من اللفظ، مؤدٍّ الحديثَ بحروفه كما سمع، ولا =

وعلى الرغم من ذلك، فإنّ المنزلة التي حظي بها المتواتر من الأخبار والأحاديث لدى الفقهاء والأصوليين تُستمدّ أساساً من درجة موثوقيته. وهي منزلة قائمة أيضاً على مقاربة تعتمد في الغالب وكلّياً على معايير عقليّة أكثر من الاعتماد على النّصوص المنقولة سواء كانت وحياً أم حديثاً نبوياً. فالمتواتر يعرّف بكونه حديثاً معلوماً بالضرورة [1] اعتباراً لشروطه التي تتأسّس في جوهرها على كونه خبراً يتناقله الجمع الغفير من النّاس فضلاً عن براءة أصحابه عن أن يكونوا متواطئين على الكذب وفقاً للعادات الشائعة[2]. وحسب الشافعي هو ما ينقله عوامهم عمّن مضى من عوامهم. يحكونه عن رسول الله، ولا يتنازعون في حكايته ولا وجوبه عليهم"[3]. وتكمن أهميته القصوى لدى الأصوليين ولاسيما الشافعي في اعتباره معصوماً من وقوع الخطأ فيه ومنزّهاً عن التأويل وسامياً عن الاختلاف والتنازع. وقد عبّر عنه بقوله: " وهذا العلم العام الذي لا يمكن فيه الغلط من الخبر ولا التأويل ولا يجوز فيه التنازع "[4]. وتبعاً لذلك يكتسب المتواتر سلطة باعتباره مصدراً للأحكام والتشريع؛ لأنّ النصّ القرآني والمتواتر سنة رسول الله التي نقلها الجمع الغفير عن الجمع الغفير-هما «السبيلان اللذان يشهد بهما فيما أحلّ أنّه حلال وفيما حرّم أنّه حرام»[5].

ناقش الأصوليون شروط التواتر باعتبارها معايير التحقق من صحّة الأخبار والأحاديث المنسوبة إلى الرّسول، ولما تحمله من صبغة لها صلة

= يحدث به على المعنى، حافظٌ به، وبريءٌ من التدليس. راجع: الشافعي، الرسالة، ج2، ص369.

(1) الجويني، البرهان، ج1، ص569.

(2) «لأنّه لا يصح منهم التواطؤ على الكذب في أخبار التواتر من طريق العادة». الشيرازي، شرح اللّمع، ج2، ص679.

(3) الشافعي، الرّسالة، ج2، ص358

(4) الشافعي، (م.ن)، ج2، ص359.

(5) الشافعي، (م.ن)، ج3، ص478.

بالتشريع وأحكام الفقه مثل العدد المضبوط للرّواة ونوع الموضوعات المنقولة ومختلف القرائن المعتمد لتصديق الحديث[1]. ومن ضمن تلك القرائن العرف الذي يفرده الجويني شرطاً من شروط بناء التواتر في الحديث.

1-1-1- العرف وشروط التواتر:

لمّا كانت أهميّة التواتر مستمدّة من دلالته على المعرفة القطعية والعلم الضروري عند الأصوليين فقد ترتب عليه توسّع إمكانيّة الاعتماد على الحديث والخبر الناقل للسنة مصدراً أساسياً من مصادر التشريع لدى الفقهاء. ولئن كان هذا الموقف واضحاً منذ عصر الشافعي فقد ازداد الوعي بعده بهذه الأهمية من خلال البحث عن شرائط هذا الشرط الضروري في استقامة بناء الحديث النبوي. ومما يجسّد ذاك الوعي تصدير الجويني بحثه حول التواتر بذكر جملة من شروطه[2]. ومن ضمنها ما له صلة بالعادة والعرف. فنحن نتبيّن ذلك منذ الوهلة الأولى في رصد طبيعة العلاقة بين المتواتر وأنواع المعارف التي قد تصدر عنه. يتجلّى ذلك في إحالة المتواتر على المعرفة البديهية أو العلم الضروري عن طريق العادة والوجود من غير طريق الشرع؛ لأن طريق العادة والوجود، وفقاً للشيرازي، لا يختلف فيه الناس سواء كانوا كفاراً أم مسلمين مثل المحسوسات. ومن ضمنها معرفة أخبار القرون الماضية والأمم السالفة والبلاد النائية وأشهر الأماكن والأحداث[3]. وبهذا المعنى، إنّ مجال معرفة المتواتر هو الميدان التجريبي الحسّي. والعلم به ينبغي أن يكون مكتسباً من خلال الإدراك الحسّي دون سواه. فضلاً عن توافر العدد المعتبر من ناقلي الخبر. ونجد صدى هذه المواقف عند البزدوي (ت 493هـ/ 1100م) عندما

---

(1) «لا يتوقف حصول العلم بصدق المخبرين على حدّ محدود، وعدد معدود، ولكن إذا ثبتت قرائن الصدق ثبت العلم به». الجويني، البرهان، ج1، ص576.

(2) «الذي يقتضيه الترتيب أن نصدّر الخبر بذكر شرائطه ونصف الخبر المتواتر، ثمّ نذكر قول النّاس فيه وفي إفضائه إلى العلم». الجويني، البرهان، ج1، ص566.

(3) الشيرازي، شرح اللّمع، ج2، ص570-577.

يقرّر أنّ المتواتر يوجب علم اليقين ضرورة بمنزلة العيان بالبصر والسمع والأذن[1]. إلا أنّ الجويني لا يستبعد إمكانيّة التواتر عن جميع أنواع المعرفة بما فيها البديهية سواء أكانت حسيّة أم عقليّة[2]. فيرفض تقييد بعض الأصوليين له باشتراط إسناد الأخبار إلى المحسوس لأنّ المطلوب أولاً صدور الخبر عن العلم الضروري. وقد يترتب على الإدراك الحسّي في مرحلة ثانية. وقد يحصل عن قرائن الأحوال التي لا أثر للحس فيها. فلا يقتضي المتواتر عنده علماً نظريّاً بحكم اضطراب العقول واختلاف العقلاء. ومن ثمّ لا يوجب المتواتر العلم بالمخبر عنه لذاته. وإنما سبيل إفضائه إلى العلم بالمخبر عنه هو استمرار العادات[3]. وكذلك هو الشأن في ميدان الشريعة. فعدد هائل من الموضوعات والمسائل تشكّل جوهرها معلومات قائمة على التواتر لمّا كانت قد تأسّست بوساطة العلم الضروري أو ما يطلق عليه «المعلوم من الدين بالضرورة»[4]. وهي تُكتسب عبر المعرفة المباشرة التي يتم

---

(1) البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق عبد الله محمود عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997م، ج2، ص526.

(2) «وقيد طوائف من الأصوليين هذا الركن الذي فيه نتكلم باشتراط إسناد الأخبار إلى المحسوس ولا معنى لهذا التقييد، فإن المطلوب صدر الخبر عن العلم الضروري، ثمّ قد يترتب على الحواس ودركها، وقد يحصل عن قرائن الأحوال، ولا أثر للحس فيها على الاختصاص، فإن الحس لا يميز [احمرار] الخجل والغضبان عن احمرار المخوف المرعوب، وإنما العقل يدرك تمييز هذه الأحوال، ولا معنى إذاً للتقييد بالحس». الجويني، البرهان، ج1، ص568.

(3) الجويني، الإرشاد، ص14.

(4) يرتبط التواتر عند الأصوليين بالعلم في معنى الاعتقاد، أي إنّ غايته تحقيق سكون النفس واطمئنانها إلى ما تعتقد وفقاً لرأي القاضي عبد الجبار في (المغني)، فالعالم لا يتيقن من صحّة علمه إلا بعد سكون نفسه إلى ما يعتقد. وعلى الرغم من موقف الجويني المميز بين العلم والاعتقاد فإن الخبر المتواتر عُدّ أسّاً من أسس العلم بالبديهيات وتحقيق الاعتقاد كما يذهب البزدوي إلى ذلك، وهو ما بوّأه مكانة في صلب الأدلة الشرعيّة بما يجعله يكتسب حجية يقينية توجب الاعتقاد، راجع: ذويب، السنّة بين الأصول والتاريخ، ص95-96.

إبلاغها بوساطة عدد غفير من الناقلين عبر الأجيال. وتتضمّن الحقائق التّاريخية للرسول وصحابته وأركان الإسلام ونص الوحي. وهي البنية الإجمالية المكوّنة للشريعة الإسلاميّة التي يصدّق بها كلّ مسلم.

وبدل الحرص على عدد معيّن من الرّواة شرطاً مسبقاً من شروط التّواتر يؤكّد الجويني على شرط بناء العلم (العلم وحصوله)[1]. ويعني به الحالة الذهنيّة التي تجعل العارف لا مدركاً وعليماً بموضوع علمه فحسب، بل متحققاً منه أيضاً. وتعتمد هذه الحالة في جوهرها على أدلّة مستقاة من العادات العرفية ومختلف أنواع قرائن الأحوال في سياق ما. ووفقاً لذلك تتأسّس خصائص هذا العلم لدى الجويني على ما يوفره العرف، وأهمّها العادات السائدة والتجربة المشتركة بين الجميع التي يوجزها في مصطلح حكم العادات المترتبة على قرائن الأحوال[2]. ويعني هذا إمكانية عودة النّاس إلى التجربة العامة المشتركة بينهم للتحقّق من صدق الخبر. غير أنّ قرائنها صعبة التحديد بحكم كونها متعددة وعارضة. وهو ما أبرزه في الأمثلة المقدّمة، وخصوصاً تلك التي نقلها عن الشافعي حول الرضيع الذي يشاهده البعض يلتقم ثدي الأم ويرى عليه آثار الامتصاص وحركات الغلصمة وجرجرة المتجرّع من أنها قرائن يصف بها أحدهم الرّضاع في مجلس القاضي. ولا تعدّ مثبتة له بما أنّها وصف لا يبلغ مبلغ العيان. وكذلك الشأن في كيفية الفصل بين حمرة الخجل وحمرة الغضب وحمرة المرعوب التي لا

---

(1) «وأنا أقول: المحكّم في ذلك العلم وحصوله فإذا حصل استبان للعاقل ترتبه على القرائن فإن العلم في العادة لا يحصل هزلاً، وقد يختلف ذلك باختلاف الوقائع وعظم أخطارها وأحوال المخبرين، وهذا هو المنتهى الذي ليس بعده مطلب لمتشوف». الجويني، البرهان، ج1، ص580.

(2) «وهو أن العلوم الحاصلة على حكم العادات وجدناها مرتبة على قرائن الأحوال، وهي لا تنضبط انضباط المحدودات بحدودها، ولا سبيل إلى جحدها، إذا وقعت، وهذا كالعلم بخجل الخجل ووجل الوجل ونشط الثمل وغضب الغضبان ونحوها، فإذا ثبتت هذه القرائن ترتب عليها علوم بديهية». الجويني، (م.ن)، ج1، ص574.

يمكن للعبارة أن تساعد على الفصل بينها لأنّ القرائن لا تبلغ غايات العبارات[1]. ومع ذلك تظلّ مختلف الأخبار في حاجة إلى مختلف أنواع القرائن والأدلّة الظّرفية في سياقات محدّدة لبناء صدقها وموثوقيتها لدى الجويني[2].

إجمالاً، تأسّس الخبر المتواتر عند الجويني على سلطة العادة والعرف. وكانت منطلقاً لصياغة القاعدة الفقهية والأصولية «العادة محكّمة» في قوله: «وبالجملة في ذلك أنّ التواتر من أحكام العادات ولا مجال لتفصيلات الظنون فيها، فليتخذ النّاظر العادة محكّمة»[3].

ولا يُعدّ الجويني الأصولي الوحيد الذي شدّد على خاصية قرائن الأحوال شرطاً ضرورياً من شروط تحقّق التواتر بل نجد آخرين أهمهم الأصولي الشيعي الشيخ المفيد (ت 413هـ/ 1022م)، الذي لا يتوقف عند شرط الكثرة العددية، فيستحيل معها التواطؤ على الكذب. بل يؤكّد ضرورة معرفة حال الرّواة دليلاً على صدقهم. لذلك جوّز وقوع العلم بالخبر وإن لم تروه جماعة تبلغ في الكثرة حدّاً يمنع عادة من اجتماعها على الكذب. ويكون المعتمد عند ذلك «من شاهدهم برواياتهم ومخارج كلامهم، وما يبدو في ظاهر وجوههم ويبين من تصورهم أنّهم لم يتواطؤوا لتعذّر التعارف بينهم والتّشاور»[4]. وهنا ندرك تدريجياً تفطن بعض الأصوليين لدور المقام الذي يشترك فيه القائل والسامع وظروف القول. وتحديداً درجة تركيز السامع على الخبر أثناء التلقّي وقصور الذاكرة أو انتقائيتها وأسلوب صياغة الخبر والموانع النفسية والذاتيّة

---

(1) الجويني، البرهان، ج1، ص575-576.

(2) «ولا يتوقف حصول العلم بصدق المخبرين على حدّ محدود، وعدد معدود، ولكن إذا ثبتت قرائن الصدق ثبت العلم به»، (م.ن)، ج1، ص576.

(3) الجويني، (م.ن)، ج1، ص582.

(4) الشيخ المفيد: "مختصر التذكرة بأصول الفقه"، تحقيق: مهدي نجف، نشر: المؤتمر العالمي لألفية الشيخ المفيد، ط1، 1413هـ/ 1992م، ص44.

أو الاجتماعية[1]؛ باختصار ما نطلق عليه اليوم «السياق» (Le contexte). ويبيّن الغزالي متأثراً بأستاذه الجويني مفهوم القرائن ودورها في بناء التواتر المفيد للصدق والعلم، فيبرز أنّه بإمكانها أن تقوم مقام بعض العدد من المخبرين. وقد ساق الغزالي أمثلة عن القرائن أو الدلائل المقترنة اقتران الأخبار وتواترها، مثل معرفة العاشق لا بقوله بل بأفعال المحبين من القيام بخدمته وبذل ماله وحضور مجالسه لمشاهدته وملازمته في تردداته. وهي قرائن تجتمع إلى حد حصول علم قطعي لنا بحبه. وكذلك في الرضيع الذي نشهده يرتضع مرة بعد أخرى ليحصل لنا أيضاً علم قطعي بوصول اللبن إلى جوفه. وإن لم نشاهد اللبن في الضرع لأنه مستور. لكن حركته في الامتصاص وحركة حلقه تدل عليه. وهكذا، فاجتماع تلك الأخبار مدرك سادس من مدارك العلم عند الغزالي بعد الأوليات والمحسوسات والمشاهدات الباطنية والتجريبيات والمتواترات[2]. وحتّى يوضح لنا دور القرائن في التصديق مقارنة بالعدد يرى أنّه إذا أخبر خمسة أو ستة بموت إنسان لا يحصل التصديق التام إلا إذا انضم إليه خروج والد الميت من الدّار حاسر الرّأس (قرينة أولى)، حافي الرّجل (ق2)، ممزق الثياب (ق3)، مضطرب الحال (ق4)، يصفق وجهه ورأسه وهو رجل كبير ذو منصب ومروءة لا يخالف عادته ومروءته إلا عن ضرورة. فيجوز أن تكون هذه قرينة تنضمّ إلى قول أولئك، فتقوم في التأثير مقام بقية العدد[3]. وبناء عليه تغدو قرائن الأحوال عناصر مكملة لحادث أساسي وقع تناقله بوساطة العدد دون أن يرتقي إلى مرتبة التصديق المطلق لافتقاره إلى ما يؤسسه تجريبياً على المشاهدة. لكن من المهم التأكيد على مدى وعي الأصوليين بدور العرف في بناء هذا التواتر انطلاقاً من مفهوم قرائن الأحوال الذي يولي سلطة السامع أو المتلقي في عملية التواصل أهميّة. فهو عن طريق أحوال الباث

---

(1) ذويب، السنة بين الأصول والتّاريخ، ص117.

(2) الغزالي، المستصفى، ج1، ص256-257.

(3) (م.ن)، ج1، ص257.

يمكن أن يقرّر مدى العلم بالخبر. وكأنّهم بهذا الفهم يقدّمون مفهوماً حركيّاً للمقام يجسّد جملة الموقف الاجتماعي المتحرّك الذي يغدو المتكلّم جزءاً منه إضافة إلى السامع والخطاب المنقول وبقية عناصر ذاك المقام. وهذا ما أشرنا إليه في تعريف معنى العرف لسانياً، وفي فهم الأصوليين إيّاه ضمن أبوابهم اللغوية ودراستهم للخطاب وعوائد المتكلّم والسامع. وقد غدا لديهم معياراً للتثبت من صدق الأخبار واستيفاء التواتر لشروطه العلمية.

ولئن بدا واضحاً تقارب الغزالي مع أستاذه الجويني في فهم دور القرائن لإثبات الأخبار فإنّ هذا الأخير، ومن خلال بناء شروط التواتر على مفهوم العادة، أبدى مسعى واضحاً إلى تأسيس المباحث الأصولية على أدلّة عقلية خالصة (كلامية). ويتجلّى ذلك من خلال ربط باب المتواتر في الشريعة بباب المعرفة الحسية والتجريبية. إذْ يحاول قدر جهده الابتعاد عن جميع أنواع التخمين والترجيح والبراهين الظنيّة[1]. وبذلك يسعى إلى الحدّ من مجال الاختلاف في أصول الشريعة. وعليه وردت مقاربته لمسألة التواتر مختلفة عن المقاربات التقليدية السائدة عند البقية ممن كانوا يتعاملون مع هذا المبدأ انطلاقاً من شرط العدد أو من شرط إسناده إلى الأحاديث والأخبار الأخرى الداعمة له.

هكذا، نتبيّن المنزلة التي حظي بها العرف لدى الأصوليين انطلاقاً من مبدأ القرائن الحالية في تأسيس أحد شروط التواتر باعتباره شرطاً من شروط الحديث الموثوق به في مستوى الإسناد الذي يترتب عليه اعتماده أصلاً من أصول التشريع، وهو ليس محور بناء مقومات التواتر فحسب بل المحور الذي يقوم عليه الاستدلال العقلي لدى الجويني على وجه الخصوص، فتصوّره للعرف انطلاقاً من هذه المسألة يتطابق مع مقاربته الأصولية الشاملة. وهي مقاربة عقلية تقوم على أسس معرفية ثلاثة في الدّين هي: العقل

(1) «وإن عنّ ترجيح فليس ذلك من مدارك الحق المقطوع به، فإنّ الترجيحات ثمراتها غلبات الظنون في مطّرد العادة». الجويني، البرهان، ج1، ص581.

(العقول) والعادة (العادات) والوحي (السمعيات). وتلك هي مدارك العلوم عنده[1]. وقد تضمّن العرف الأساس المعرفي الثاني، وكان متصلاً ببحوث كلامية مثل المعجزات وصدق النبي[2]. ولذلك آل بحثه عن مفهوم المتواتر في الختام إلى اعتباره حكماً من أحكام العادة بما تحيل من معنى العرف الاجتماعي ودوره في تشكّل هذا المفهوم[3].

1-1-2- العرف وموثوقية المتن:

وإذا ابتعدنا عن مسألة التواتر في سلسلة الإسناد وجدنا اهتماماً بدور العرف في معالجة المتن لدى عدد من الأصوليين. وتختص هذه المعالجة في جوهرها بأخبار الآحاد حصراً. فإذا كان الشافعي قد ركّز في تعريفه لهذا الخبر على زاوية السند، أي على عدد الرّواة، فإنّ القاضي عبد الجبار استند إلى زاوية نظر أخرى اعتمد فيها على المتن معياراً، واتخذ من مبدأي الصدق والكذب شرطاً للترجيح بينها[4]. ونجد صدى هذه المقاربة لدى الجويني كذلك في (**البرهان**)[5] ويُستنتج من خلال جملة التعريفات المتنوعة أنّ مفهوم الآحاد يقوم على ثلاث ركائز أساسيّة هي: المتن أو نص الخبر الذي يبقى دون إفادة الصدق أو الكذب إفادة قاطعة، ثم السند أو عدد الرّواة، أما الثالث فهو طريقة

---

(1) الجويني، البرهان، ج1، ص146-147.

(2) في المعجزات نجد حديثاً عن مفهوم قرائن الأحوال التي وظفها في إثبات شروط المتواتر، ونجد حديثاً عن اطّراد العرف في إعقاب القرائن للعلم مثلما نجد أنّ صدق الرّسول لا يرتبط بالسمع فحسب، بل يتردد بين حكم العرف وقضايا العقل. الجويني، (م.ن)، ج1، ص152-154.

(3) يختم الجويني بحثه في مفهوم التواتر بالقول: «والجملة في ذلك أنّ التواتر من أحكام العادات، ولا مجال لتفصيل الظنون فيها، فليتخذ النّاظر العادة محكّمة». (م.ن)، ج1، ص582.

(4) عبد الجبار، شرح الأصول الخمسة، ص769.

(5) لا يعتمد الجويني في تعريف خبر الآحاد على معيار العدد فحسب، بل يضيف معيار الصدق والكذب. راجع: البرهان، ج1، ص598.

النّقل وظروفها في غياب القرائن الموجبة لصدق الخبر أو كذبه[1]. وقد اعتُمد معيار التطابق مع الأدلّة الشرعية الكبرى ناظماً أساسياً لترجيح أخبار الآحاد[2]. ويضيف الأصوليون معياراً آخر هو المعقول الذي ضبطه الجويني في معيار العادة والعرف شرطاً من شروط الصدق المعتمد في ترجيح خبر الآحاد. وقد قاس شرط الصدق المتوافر في المتواتر على ما ينبغي توافره في غيره ألا وهو موافقة اطّراد العادة له والاستناد إلى مستقرّها والقرائن العرفية[3]. ثمّ بيّن أنّ معيار الكذب في مثل هذا الصنف من الأخبار هو ما تكذّبه العادة. وقدم أمثلة للبرهنة على ذلك منها «أن يخبر الآحاد خبراً لواقعة عظيمة يكون حكم العادة فيها أن تشيع لو وقعت، فإذا لم تشع تبيّن كذب المخبرين مثل إخبار أقوام من الآحاد عن مقتلة هلك فيها أمم في البلدة، على قرب من العهد، أو الإخبار عن دخول الملك صقعاً، فهذا وما معناه حكم العرف فيه الشّيوع»[4]. ولا يتوقف معيار العرف شرطاً لتصديق الخبر أو تكذيبه في خبر الواحد لديه بل يشتمل أيضاً على المتواتر، وأساسه الشيوع، وهو ينقسم إلى قسمين:

- منه ما يثبت على الشيوع عند الوقوع وينقله المخبرون تواتراً زمناً ثم يتناقص اهتمام النقلة بنقله حتى ينتهي إلى نقل الآحاد.
- ومنه ما يتمادى زمان التواتر فيه إذا قامت في النّفوس دواعي نقله[5].

ويتعلّق الأول بالأحداث السياسية وما شابهها مثل دخول ملك بلدة وما ضاهاها، أما الثاني فيتصل بالمسائل الدّينية[6].

أما الشيرازي فيضع جملة من الشروط التي ينبغي أن تتوافر للقبول

(1) ذويب، السنّة بين الأصول والتاريخ، ص133.
(2) الشيرازي، شرح اللمع، ج2، ص660.
(3) الجويني، البرهان، ج1، ص584.
(4) (م.ن)، ج1، ص586.
(5) (م.ن)، ج1، ص588.
(6) (م.ن)، ج1، ص589.

بالخبر، خصوصاً خبر الواحد. فإضافة إلى معيار الأدلّة النقليّة يضيف معياراً آخر وهو عدم مخالفته لموجبات العقول، وعدم ردّه بمستحيلات العقول التي تؤدّي به إلى مستوى الغرابة وعدم التطابق مع المعرفة البديهية. وهو ما يجعله كاذباً وموضوعاً[1]. والأمثلة على ذلك هي الأخبار التي تروى في التشبيه، أي تلك التي يستحيل تأويلها. ومن الشروط الأخرى التي تعقد صلة مع العرف الانفراد برواية ما جرت العادة أن ينقله أهل التواتر؛ أي نقل الخبر الذي يحيل على معطيات يقع إبلاغها عادة وعرفاً من قبل عدد من النّاس. ولذلك يُعدّ الخبر المخالف لهذا المبدأ كاذباً. وقد عبّر عن ذلك بقوله: «ومنها أن ينفرد الواحد برواية ما يجب على الكافّة علمه، فيدلّ ذلك على أن لا أصل له»[2]. وبهذا المعنى تغدو المعايير السياقية التي توفرها العادة والعرف من الشروط الإضافية الضرورية للقبول بصدق الخبر.

يتّضح لنا من خلال هذا التحليل الأصولي دور العرف بالمعنى الواسع الذي لا يردّ إلى المفهوم الضيّق له منحصراً في جملة من القواعد الشرعية ذات الصلة بالمعاملات والحياة اليومية مثلما ترد في كتب الفقه، بل بالمعنى الواسع الكلامي/المنطقي الذي يكون منطلقه السياقات الاجتماعية ليصل إلى نظام الكون المخلوق كما أوجدته العناية الربانية. وهو ما بيّناه في تأثير مفهوم العادة الكلامي المتضمّن لمفهوم السببية بالمعنى الأشعري السائد في الحقبة المدرسية لتطور أصول الفقه. وبدا لنا جليّاً أنّ العرف المتضمن لمعنى العادة يمثل معياراً ضرورياً لتأسيس مشروعية الحديث بما هو أصل من الأصول الشرعية الرئيسة المحتاج إليه في بناء الأحكام. على أنّه وجب التنبيه إلى أنّ البحث الأصولي حول مسألة التواتر التي أدرجت ضمن مباحث الخبر هو في الواقع لبنة أولى سوف يتأسّس عليها المبحث القادم المتعلّق بالأصل الثالث من أصول الفقه ألا وهو الإجماع.

---

(1) الشيرازي، شرح اللمع، ج1، ص653.
(2) (م.ن)، ج1، ص654.

2- العرف والإجماع:

تبدو علاقة العرف بالإجماع عند الأصوليين على قدر كبير من الغموض لأسباب متعددة تتصل على الأرجح بمنهج الأصوليين في بناء الأدلّة وتنظيم مصادر التشريع بشكل هرمي صارم ومضبوط مثلما تتصل بالمقدّمات الكلامية التي كانت تعمل على التقليص من دور العقل الإنساني في التشريع إلا بقدر انبنائه على الفهم البياني لنص الوحي. وقد لاح لنا هذا الغموض لا في تخصيص أبواب تتطرّق إلى هذه العلاقة بل في فهمهم لمعنى الإجماع ذاته وفي بحثهم عن حجيته وتحديد أدواره. وهي مسائل لم يكونوا مجمعين حولها بل شهدت الكثير من الخلافات بينهم.

لقد كان الجدل حول الإجماع أحد أهم الموضوعات التي خاضها علماء الأصول فيما بينهم. وتعود جذور ذلك إلى المفهوم المالكي له في «عمل أهل المدينة»، الذي ضيّق الشافعي من دلالته لجعله إجماعاً للفقهاء في التحليل والتحريم والطاعة فيهما[1]، على الرغم من أنّ مخالفيه من العراقيين وسعوا دلالته ليصبح إجماعاً للأمة يكون في مرتبة إجماع العلماء نفسه[2]. وكان من شأن هذا الالتباس في تحديد مفهوم الإجماع أن يجعله متداخلاً مع مفهوم العرف. وهو ما لاحظناه أثناء البحث في حجيته وشروطه وطرق عمله وسلطته وسائر المسائل الفرعية التي تطرّقوا إليها، فكيف استطاع هؤلاء رسم نقاط الفصل والوصل بين المفهومين؟

2-1- العرف والإجماع بين التداخل والتمايز:

من المظاهر التي تبرز التداخل في فهم الدليلين المختلفين داخل المنظومة الأصولية هو المنهج المعتمد لدى هؤلاء في إثبات حجية أيّ دليل

(1) الشافعي، الرّسالة، ج3، ص475.
(2) ذويب، حمادي، الإجماع والقياس والعرف عند الأصوليين حتى القرن 6هـ/ 12م، منشورات المركز القومي البيداغوجي، تونس، 1998م، ص17.

انطلاقاً من النصّ المقدّس سواء أكان وحياً أم حديثاً نبوياً. ومن خلال مراجعتنا للنصوص التي حاول فيها الأصوليون إثبات حجية الدّليلين (الإجماع والعرف) من النّاحية الدّينية، وجدنا توظيفاً للنصوص ذاتها، ولاسيّما تلك المتعلّقة بالحديث النبوي الذي كان الاستدلال به يتطوّر كماً ونوعاً وفق تطور الزّمن ومقتضيات المذهب وضغوطه. ولعل أهمّ نصوص الحديث الموظفة في هذا الشأن هو «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيئ». وهو نص مُعْتَمد لا في تبرير حجية العرف والإجماع فحسب، بل في الاستحسان أيضاً. وقد استعمله الشيباني أول مرّة في دعم رأيه حول الإجماع[1]. بينما وظّفه السرخسي في تبرير حجية العرف[2]، واستعمله البخاري في حجية الإجماع والاستحسان والعرف معاً[3]، وأدرجه الرّازي في المحصول دليلاً من السنة على ثبوت العمل بالعرف مثل العمل بالشّرع[4]. وعلى الرغم مما أحيط بهذا الحديث من غموض، وما أثاره من جدل حول ضعفه والشك في سنده وروايته وعدم اعتماده بشكل مطلق في تبرير حجية الإجماع وإثبات مشروعية العرف، فإن ذلك لم يمنع من انتشار هذا الموقف خارج الدائرة السنيّة مثلما نلحظه فيما بعد القرن الثامن للهجرة عند الشوكاني (ت 1250هـ/ 1834م)[5]. ولم

---

(1) موقف الشيباني من المواقف الأصولية المبكرة قبل نشأة العلم رسمياً في القرن الثالث، وهو منسوب إليه في روايته لموطّأ مالك حول إجماع المسلمين على قيام الليل في شهر رمضان. راجع: موطأ مالك، ج1، ص114.

(2) السرخسي، المبسوط، ج12، ص138.

(3) البخاري، كشف الأسرار في شرح أصول البزدوي، ج3، ص258، ج4، ص13، ج4، ص77.

(4) الرّازي، المحصول، ج5، ص165.

(5) الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1999م، ج1، ص346.

يتوقف التداخل في مستوى توظيف الحديث النبوي في حجية هذه الأدلّة عند هذا الحديث، بل استمرّ ذلك في توظيف حديث آخر عدّ الأهم لديهم في حجية الإجماع، وتنزّل في المرتبة الأولى من بين الأحاديث في عشرين مصدراً أصولياً منذ النّصف الأوّل من القرن الرّابع، وازدادت رسوخاً منذ القرن الخامس(1) ألا وهو «لا تجتمع أمتي على ضلالة»(2). وهو حديث آخر وُظّف أيضاً في حجية العرف مثلما رصدنا ذلك عند الحنفية، ولاسيما السرخسي والكاساني (ت 587هـ/ 1191م)، أثناء معالجتيْهما الفقهية لمسائل عرفية مثل الاستصناع وأنواع الشركة(3).

إن هذا التداخل بين العرف والإجماع في مستوى الحجية؛ أي توظيف الحجج النصية ذاتها لكل دليل من الأدلّة -على الرغم من اختلاف مكانتهما من حيث الترتيب والأهمية داخل منظومة التفكير الأصولي- يطرح الكثير من التساؤل حوله. أيعود إلى قصور في فهم أدوار كل مصدر من المصادر، أم إلى صعوبة التمييز بينهما، أم إلى طبيعة المسار الفكري الذي انخرط فيه هؤلاء وجعلهم يتخبطون في هذا التداخل القائم في فهم حجية الدّليلين؟ وهل نحن أمام مصدر واحد عبروا عنه باستحداث دليلين مختلفين داخل منظومة التفكير الأصولي؟

قد نفسّر ذلك بعامل ثقافي/ تاريخي تجسّد في نشأة دليل الإجماع عرفياً قبل نشأته أصولياً، فهو سليل ثقافة قديمة تقوم تقاليدها على نمط العيش الجماعي المعهود في الحياة القبلية في الماضي(4)، وتطبّق فيها الأعراف من خلال

---

(1) ذويب، السنّة بين الأصول والتاريخ، ص249.

(2) أخرجه ابن ماجه، المعجم المفهرس، ونسنك، ج1، ص367.

(3) السرخسي، المبسوط، ج12، ص242-244. والكاساني، علاء الدّين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986م، ج5، ص3، ج6، ص58.

(4) حلاق، نشأة الفقه الإسلامي وتطوره، ص162.

إجماع الجماعة في ظلّ غياب تراتبية منظمة للمجتمع وافتقاد السلطة المركزية. فالعرف يعكس خيارات الجماعة وينطوي في الآن ذاته على مبدأ الإجماع.

ولئن كشفت لنا المدوّنة الأصولية في جزءٍ منها عن صعوبة التمييز بين الدليلين انطلاقاً من مبحث الحجيّة، ولما كانت المستندَ الأساسيَّ الذي يُكسِب أيَّ دليل أصولي مشروعيته الدينية بجعله مصدراً موثوقاً به في استنباط الأحكام وتقبلها والتعامل معها جدياً، فإنّ عمل الشافعي التأسيسي قد ضبط حدود ذاك التداخل انطلاقاً من فهمه لمعنى الإجماع الشرعي. فاختزل فيه الفهم الموسع المتضمّن إجماع الأمّة إلى فهم مضيق يشتمل على العلماء والفقهاء دون سواهم. وقد قام موقفه على رؤية تمييزية لفئات المجتمع تأسست على تصنيف المسلمين إلى مكلّفين في أنفسهم ومكلفين في غيرهم[1]. وهذا ما مكّنه من التمييز بين علم العامّة وعلم بعض الخاصة[2]. وقد تمخضت على أساس هذا التمييز الرؤية الأصولية الفقهية القائلة بتفاوت التكليف وعدم تساوي المسلمين في الحقوق والواجبات. وبناء عليه عدّ المجال الدّيني والاجتهاد الفقهي على وجه الخصوص حكراً على العلماء دون غيرهم. وترتّب على ذلك حصر دائرة الإجماع في دائرة ضيقة من الفقهاء دون أن يشتمل ذلك على عموم النّاس. ومثل هذه الرؤية عبّر عنها الأصولي الحنفي الجصّاص (ت370هـ/ 980م)، الذي كان يرفض رفضاً قطعيّاً تدخّل العامة فيه[3]. ويبرّر سائر الأصوليين دوافع إقصاء العامة من الإجماع بكونها

---

(1) الشافعي، الرّسالة، ج3، ص478.

(2) يعرف علم العامة بأنّه إحاطة «ما كان نصّ حكم الله أو سنة رسول الله نقلها العامة عن العامّة». أمّا علم الخاصة فهو «سنة من خبر الخاصة يعرفها العلماء ولم يكلّفها غيرهم». الشافعي، (م.ن)، ص478-479.

(3) «والإجماع الآخر: ما يختص به الخاصة من أهل العلم، الذين هم شهداء الله عز وجل على ما ذكره في كتابه، ولا اعتبار فيه بقول العامة؛ لأنّ العامة لا مدخل لها في ذلك؛ إذ ليس بلواها به عامة». الجصّاص، الفصول في الأصول، ج3، ص285.

غير مؤهّلة لطلب الصواب بحكم غياب العقل لديها، لذلك هي تشبه الصبيان والمجانين في نقصان آلة التفكير، أي العقل[1].

وانطلاقاً من هذا التحديد المفهومي للإجماع المترتّب عليه تحديد شروطه وأركانه، كرّست المنظومة الأصولية قيماً اجتماعية منسجمة إلى حدٍّ بعيد مع الخصوصية التاريخية للمجتمعات التي عايشها هؤلاء بمعانيها وأنشطتها المادّية الاقتصادية ودرجة تطور معارفها. وقطعت مع تدخّل العامة في مبدأ الإجماع الأصولي. ومن ثَمَّ إقصاؤها عن أيّ مشاركة في الشأن الفقهي واضعةً حدّاً فاصلاً بين الدّليليْن: الإجماع المتولّد عن اجتهاد الفقهاء والعرف النابع من التوافق الواسع لعامّة النّاس مثلما ورد في التعريفات التي قدّمها الأصوليون المتأخرون ابتداء من القرن الخامس للهجرة.

ووفقاً لهذا التمييز يمكن أن نرصد عدداً من المواقف حصرت الإجماع في دائرةٍ ضيّقةٍ من الأشخاص وإطارٍ محدودٍ من الزمن. ومنها مواقف الحنابلة وفقهاء المذهب الظاهري ممّن تقيّد الإجماع لديهم بالصحابة في الزمن الذي عاشوا فيه، وإلغاء إسهام الأجيال اللاحقة لهم من المسلمين في أيّ إضافة إلى الشريعة[2]. ويعني ذلك أنّ جميع المقاربات التي وردت إثرهم لن يكون لها أيّ قيمة إلا بقدر خضوعها لآراء السلف الصالح من الصحابة.

---

(1) «أن العامي ليس أهلاً لطلب الصواب، إذ ليس له آلة هذا الشأن، فهو كالصبي والمجنون في نقصان الآلة؛ ولا يفهم من عصمة الأمة من الخطأ إلا من يتصور منه الإصابة لأهليته، والثاني، وهو الأقوى: أن العصر الأول من الصحابة قد أجمعوا على أنه لا عبرة بالعوام في هذا الباب، أعني خواص الصحابة وعوامهم؛ ولأن العامي إذا قال قولاً علم أنه يقوله عن جهل، وأنه ليس يدري ما يقول، وأنه ليس أهلاً للوفاق والخلاف فيه. وعن هذا لا يتصور صدور هذا من عامي عاقل؛ لأن العاقل يفوض ما لا يدري إلى من يدري، فهذه صورة فرضت ولا وقوع لها أصلاً». الغزالي، المستصفى، ج1، ص143.

(2) ابن حزم، الإحكام، ج4، ص148. وابن حنبل، مسائل الإمام أحمد، برواية ابنه عبد الله، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1981م، ص439.

أما موقف المالكية فقد انحصر هذا الدليل عندهم في «عمل أهل المدينة». وهو مبدأ ينظر إلى أنّ حجة الإجماع لا يمكن أن تحصل إلا فيما فيه نقل عن الرّسول. وإذا كان هذا المبدأ قد جسّد فعليّاً تفاعل النصّ مع الواقع التاريخي، مثلما بيّنا ذلك في المقدمة التاريخية، فإنّ المفاهيم التي تأسّست لدى المالكيين حاولت قدر الإمكان الانغلاق على العرف من خلال ضبط مفهوم للإجماع لا يخرج عن الإطار الضيّق ألا وهو إجماع الصحابة والسلف الصالح في المدينة. وبناء عليه انعدم الوعي بإمكانية تغيّر الواقع وما يقتضيه من تغيّر العادات والأعراف، وبدل تجاوز الإجماع السابق الذي كان استجابة لقضايا طارئة وتفاعلاً مع المحيط المخصوص أصبح معياراً ثابتاً يُحكم به على كلّ ما يطرأ على المجتمع من مستجدات ومنها تغيّر الأعراف.

ويرد موقف الشيعة، على الرغم من اختلاف منطلقاته عن أهل السنة والجماعة، استمراراً لهذا المفهوم المضيّق لدائرة الإجماع والمجمعين، فهم يخصصون دلالة اللّفظ بجعله مقتصراً على عترة الرسول، وقد استندوا في ذلك إلى ما ذكره صدر الشريعة بالآية والخبر والمعنى لتأصيل موقفهم فاعتمدوا الآية: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنكُمُ ٱلرِّجْسَ أَهْلَ ٱلْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيرًا﴾ [الأحزاب: 33]، واعتمدوا أيضاً خبراً نسبوه إلى الرسول في قوله: «إنّي تارك فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلّوا أبداً كتاب الله وعترتي»[1]. ومقصدهم منه أنّ أهل البيت مهبط الوحي، وأنّ النبي منهم وفيهم، ولذلك الخطأ عليهم أبعد[2]. وبغض النظر عن الجدل الحاد والعنيف بين الشيعة والسنة حول حجية الدّليل ومفهومه يكاد الإجماع يكون حاصلاً على تضييق

---

(1) أخرجه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب المناقب، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ت)، رقم الحديث 3786، ج5، ص662.

(2) الشيرازي، شرح اللمع، ج2، ص716-720. والقرافي، نفائس الأصول في شرح المحصول، ج6، ص27- 28.

معنى هذا الأصل وحصره في دائرة محدودة ممّن يكلف بمهمة الإجماع بعيداً عن عامة الناس وشرائحهم المختلفة التي ينبثق منها الإجماع التلقائي المتفاعل مع متغيّرات الأحداث وتقلبات الأزمان واختلافات الأمصار.

إنّ التأكيد على أنّ الإجماع هو اتفاق علماء العصر على حكم النّازلة دون غيرهم هو الموقف الغالب على الأصوليين. وهو لا ينتهي إلى إقصاء العامّة منه فحسب، بل يشتمل كذلك على علماء المذاهب غير السنيّة، ولا يعترف إلا بالفقهاء وحدهم أهلاً للإجماع دون سواهم[1]. وعلى أساس هذه القاعدة ضُبطت بعض أركان الإجماع في مقارنتها بخصائص العرف والعادة لديهم فيما يميّز كلّاً منهما عن الآخر. ويمكن حصر ذلك فيما يأتي:

- أنّ الإجماع من عمل المجتهدين أو ما يسمون بأهل الاجتهاد[2]، وانعقاده يتمّ بتوافر عدد من المجتهدين يؤمَن عدم تواطئهم على الكذب، وينبغي أنْ ينعقد في عصر الواقعة المعروضة. وقد تنقض مخالفة مجتهد واحد الإجماع. بينما العرف حصيلة توافق جميع الناس أو أغلبهم من خلال اطّراده[3] أو توارثه عن عصور سابقة. ولا تنقضه بعض مظاهر شذوذه[4].
- أنّ الحكم المستند إلى الإجماع الصريح هو مثل الحكم المستند إلى نصّ. ولا مبرّر للاجتهاد فيما فيه نصّ أو إجماع. أمّا العرف فقد يثبت غيره عند تغيّر الأعراف الجزئيّة، وعليه لا يكتسب قوّة الحكم الذي يستند إلى الإجماع[5].

---

(1) يقول الشيرازي: «والمراد بالعلماء هنا الفقهاء. أما غيرهم فلا يعتبر اتفاقهم». شرح اللمع، ج2، ص665.

(2) الرّازي، المحصول، ج4، ص198. والجويني، البرهان، ج1، ص684.

(3) السيوطي، الأشباه والنّظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1983م، ص128.

(4) «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنّما هو المقارن السابق دون المتأخر». السيوطي، (م.ن)، ص193.

(5) لئن اختلف الأصوليون والفقهاء في حكم منكر الإجماع، فإنهم اتفقوا على اعتبار =

- إجماع الفقهاء شرطه الإسلام بين أفراده[1]. أما الحكم القائم على عرف فهو حصيلة اتفاق المسلمين أو غير المسلمين أو الاثنين معاً طالما لم يكن معارضاً للنصّ الشرعي.
- الإجماع حجة لمن يأتي بعد عصر المجمعين[2]. أمّا العرف فلا يكون ملزماً إلا لمن تعارفوا عليه[3]، إلا إذا كان الإجماع مستنداً إلى عرف أو مصلحة فهو يتغيّر بتغيرهما.

وهكذا، إن كان الموقف السنّي قد بدا متناقضاً بين منطلقه الذي يقول بإجماع الأمّة ومآله الذي ينتهي إلى إجماع الفقهاء، فإنّ ما يمكن الخروج به هو أنّ الإجماع بمفهومه الأصولي الذي ضبطه هؤلاء يحاول التمايز عن العرف الذي يُعدّ إجماعاً تلقائياً يحققه الواقع وتضبطه حركة التغيّر في الزمن، وهو إجماع من داخل تأويل الواقع وخارج تأويل النصّ. في حين أنّ الإجماع الأصولي ينطوي على دلالات أخرى غايتها تحجيم دور الواقع الاجتماعي في تشكيل القواعد الفقهية. وعليه، من الطبيعي أن يكون الإجماع من منطلق أصولي حاكماً على العرف لا العكس، وهذا ما لاحظناه في منهج تعامل الفقهاء معه، انطلاقاً من القواعد التي وقع سنّها في المراحل اللاحقة،

= حكمه مثل حكم النصّ لا يجوز الخروج عنه وخرقه. راجع: الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج3، ص566-569.

(1) «لا عبرة في الإجماع بقول الخارجين عن الملّة». الرازي، المحصول، ج4، ص196، وكذلك: «والكافر وإن حوى من علوم الشريعة أركان الاجتهاد فلا معتبر بقوله أصلاً». الجويني، البرهان، ج1، ص689.

(2) الرّازي، المحصول، ج4، ص199.

(3) وهو ما اصطلح عليه عند الأصوليين بـ«العرف الخاص»؛ إذ ينزله السيوطي في أهله منزلة العرف العام، ويجعله معتبراً ومحكّماً بينهم، فإذا كان خاصّاً بإقليم يشترط اطّراده فالبيع مثلاً معتبر بنقد البلد الذي حصل فيه البيع، وإذا كان خاصاً بمهنة أو حرفة يشترط أن يكون غالباً. راجع: السيوطي، الأشباه والنّظائر، ص92. والبزدوي، كشف الأسرار، ج4، ص173.

والتي على أساسها وقع ضبط الطريقة الشرعية التي كرّستها المنظومة الأصولية في هذا المجال. وبعض مواقف الإجماع من تخصيص العرف للخطاب دليل على ذلك[1].

وإن عكس هذا التمايز مسعى الأصوليين إلى إحداث قطيعة بين الدّليلين في سياق التقيّد بمنظومة تشريعية تعمل على ضبط حدود التأويل، واستبعاد العرف من دائرة الاعتراف، فإنّ ذلك لا يلغي بالضرورة وعيهم بدوره الحيوي لبناء مبدأ الإجماع. وقد تجلّى بالخصوص في جهود من اتجه إلى اعتماد حجية العقل بديلاً لحجية النصّ وحدها. فمن خلال هذا المسار حاولوا إبراز دور القوانين الاجتماعية في بناء آليات التفكير وأنظمة التشريع ومصادره، فكيف تجلّى ذلك؟

2-2- العرف والإجماع: من الإثبات إلى التأسيس:

تبلور الوعي بدور العرف الحيوي داخل مبدأ الإجماع انطلاقاً من الاتجاه الذي انتقد استناد الإجماع إلى نص من الكتاب أو حديث من السنة. وكان أهم ناقد في هذا الاتجاه الجويني. إذ كان ميله إلى حجة العقليات والعادات يُعلّل بضعف الحجج النقلية وحدها في الإقناع، تلك التي كان يستند إليها غيره من الأصوليين[2]. وانطلاقاً من فرضية ترجح أنّ الإجماع قد يكون اتفاقاً على الخطأ مثلما يكون اتفاقاً على صواب، حاول الجويني بناء رؤية مخالفة تنطلق من دور اطّراد العادات. وقد عرض هذه الرؤية في إطار الردّ على مثبتي الإجماع ممن يتذرعون بالنقل دليلاً قاطعاً على الثبوت دلالة

---

(1) راجع الفصل الأول من هذا الباب.

(2) تعرّض الجويني بالنقد إلى الحجج النقلية سواء من القرآن أم من الحديث، ورأى أن الآيتيْن اللتين استعملتا في هذا السياق مسقطة على معنى الإجماع وفيهما تكلف من أصحابها، لأن تأويلهم بعيد عن المقصود. أما الحديث فقد وضّح ما يعتريه من لبس في تواتره بألفاظ مختلفة فضلاً عن كونه آحاداً، والآحاد لا يجوز التعلّق به في القطعيّات». الجويني، البرهان، ج 1، ص677-678.

القرآن وسنة النبي. وتبعاً لذلك رأى أنّه ممكن البناء على صورتيْن لا يمكن استبعاد دور العرف فيهما:

- الأولى: من خلال قاعدة اطراد العادات تكون آراء العلماء معرّضة للاختلاف وميّالة إلى التباعد أكثر من الاتفاق. فإن حصل اتفاق بينهم فإنه لا يحمل على وفاق اعتقاداتهم. ولا تجري على منهاج واحد، لأنّ العادة تثبت استحالة اجتماعهم على معقول مقطوع به في أساليب العقول لاختلاف النّاظرين في نظرهم. ومن ثمّ تحوّل العادات المطّردة اجتماعهم إلى فنّ من النّظر. ولذلك إن استنادهم إلى مصدر نقلي يكون ضرورياً لبناء اتفاقهم على الحكم[1].
- الثانية: يظهر دور العرف في الإجماع من خلال العادة المألوفة في من يخرق الاتفاق. فقد اتفقت الأمم على تبكيت من يخالف إجماع العلماء. فينسبون إليه المروق والمحادّة والعقوق، ولا يُعدُّ ذلك الخرق أمراً هيّناً ومقبولاً، بل يعدّ التجرؤ عليه من الضلال. وهكذا تستخدم هذه العادة دليلاً غايتها استحسان الإجماع ورفض خرقه. وبعبارة أخرى، إنّ الإجماع معتبر دوماً مبدأ أخلاقياً ملزماً بحكم العادة. ويمكن أن يستند إلى أخبار منقولة من الرسول مثل استناده إلى قرائن الحال التي تتضمن بدورها مقصد الرّسول، فينبني الإجماع على أساس قطعي ونهائي[2].

وبناء على هذين التصورين نلحظ كيف حظي العرف عند الجويني بمكانة في بناء الإجماع انطلاقاً من اطّراد العادات في الأمم. وكان ذلك نابعاً من أهمية تأسيس الأدلّة لديه على التحليل العقلي لا على التحليل بالمأثور والنقل. ولا ينفي ذلك لديه أهمية دليل النقل والسمع في ضمان تأسّس هذا الدليل على أدلّة قطعية مطلقة تضفي الشرعية النهائية عليه مصدراً من مصادر

(1) الجويني، (م.ن)، ج1، ص680.
(2) البرهان، ج1، ص681-682.

التشريع، لأنّ الممارسة العرفية التي كان الجويني مدركاً لها في مبدأ الإجماع لم تكن كافية لجعله مبدأ شرعياً ثابتاً في مصادر التشريع، بل هي محتاجة إلى أدلّة أقوى ليكون «دليلاً قاطعاً وبرهاناً ساطعاً في الشرع»[1]. ولذلك إنّ الجويني -وإنْ كان توفيقياً بين العقل والنقل في تأسيس الإجماع- عدّ الوساطة التي ينبغي الاعتماد عليها أولاً في إثبات هذا الدّليل هي اطّراد العادات ثم يليها البحث في الدّليل السمعي الذي يشعر الإجماع به[2].

وقد تأثّر الغزالي باستدلال أستاذه في قيام الإجماع على قاعدة اطّراد العادة، حين جادل أولئك الذين انتقدوا مذهب من يستند إلى النصّ في إثبات حجيته واتهامهم بالوقوع في الدور والتسلسل. فرأى، بناء على قانون العادة الذي عبّر عنه بمصطلح «مستقرّ العادة»، استحالة توافق الأمم في أعصار متكرّرة على التسليم لما لم تقم الحجّة بصحته[3]. ثم بيّن أنّ الاستدلال على الإجماع بالخبر والخبر بالإجماع إلى أنّ العادة تقتضي إنكار إثبات أصل قاطع يحكم به على القواطع بخبر غير معلوم الصحّة. وبناء عليه يصبح الخبر مقطوعاً به بوساطة العادة لا الإجماع. ولا يستتبع ذلك لديه إثبات الإجماع بوساطة قاعدة العادة فحسب، بل دحضها لمنكري القرآن وبطلان دعوى الإمامة وغيرها من المسائل التي أثارها الشيعة[4].

لقد انعكس هذا التصور على تفاصيل الإجماع مثل شروطه وكيفية انعقاده. فوجدنا، أثناء مناقشة الجويني لصفات المجمعين، إحالة على مبادئ عرفية معهودة في الظرف التاريخي للمجتمع الذي عايشه مثل الحرّية والذكورة[5]. ووجدنا، أثناء مناقشته لعدد المجمعين، إشارة لديه إلى العرف

(1) (م.ن)، ج1، ص682.
(2) (م.ن)، ج1، ص683.
(3) الغزالي: المستصفى، ج1، ص331.
(4) (م.ن)، ج1، ص333.
(5) «والقول الضابط في كل ما لم نذكره أن كل ما لا يعتبر عند المفتين فهو غير معتبر =

شرطاً ضرورياً كذلك. ففي الحال التي ينحطّ فيها عدد المجمعين عن التواتر المطلوب يجوز الأخذ بإجماعهم عملاً بمبدأ طرد العادة التي تجوّز شغور الزّمان عن العلماء وتعطّل الشريعة[1].

وتبدو علاقة التأسيس بين الدليلين متبادلة وجدلية في بعض الأحيان. فالإجماع ينهض بدور مهمّ في تأسيس الأعراف من الناحية الدينية والشرعية. والعرف يضطلع بدور مشابه في تحديد تفاصيله وضبط وظائفه وطرق تعامله مع الواقع، ويتجلّى هذا فيما يأتي:

- أولاً: إن الإجماع السكوتي أو الإجماع الذي لم يعرف له مخالف هو المدخل الأهم في تشريع الأعراف دينياً وإسلامياً، وخصوصاً في المعاملات الماليّة. والأمثلة على ذلك لا حصر لها مثل تجويز بيع المعاطاة[2]؛ إذْ أجمع معظم الفقهاء والأصوليين على جوازه شرعاً اعتماداً على أنّ الله أحلّ البيع ولم يبيّن كيفيته، فوجب الرّجوع إلى العرف. ولم ينقل عن النبيّ ولا عن أحد الصحابة إنكارهم لذلك، لأنّ الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كلّ عصر، فكان ذلك إجماعاً، وأكثر الأخبار لم تنقل الإيجاب والقبول، بل ليس هناك سوى المعاطاة والتفرّق عن تراضٍ. وقد تم الاعتراف بهذا النوع من البيع عن طريق الإجماع السكوتي كما يشير إلى ذلك الطوفي[3] (ت

= في المجمعين كالحرية والذكورة وغيرهما»، يلاحظ هنا أن معنى الحريّة المقصودة هي عكس الرّق والعبودية، راجع: الجويني، البرهان، ج1، ص679.

(1) (م.ن)، ج1، ص691.

(2) هو البيع دون صيغة الإيجاب والقبول، مثل أن يقول: أعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه. راجع: ابن إبراهيم، محمد، الاجتهاد والعرف، دار السلام، القاهرة، دار سحنون، تونس، ط1، 2009م، ص194.

(3) الطوفي، نجم الدّين، شرح مختصر الرّوضة، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التّركي، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط1، 1987م، ج3، ص86.

716هـ/ 1316م). مثلما كان هذا الإجماع باباً لإجازة أعراف وقع استثناؤها من القاعدة أو النص كجواز وقف المنقولات[1]، وعرف المرابحة[2]، وعقد الاستصناع، وبيع الوفاء عند الحنفيّة ودخول الحمّام دون تحديد كمية الماء وزمن المكث[3]. كانت أيضاً منفذاً لإجازة بعض أشكال الرّبا كالاقتراض والدّيْن والاستبضاع[4]. فإذا كان جواز بيع النسيئة تولّد من القياس على السّنة، فإن جواز الاقتراض كان متولّداً عن الإجماع، وهذا ما نلمحه خاصة في موقف الأصولي والفقيه الشيعي الطّوسي الذي يقول: «وأيضاً هو إجماع، فإنّ النّاس يستقرضون من عهد النبيّ صلى الله عليه وآله إلى يومنا هذا الخبز من غير تناكر بينهم فمن خالف خالف الإجماع»[5].

- ثانياً: إن العرف في حدّ ذاته عامل من عوامل مراجعة طرق الإجماع ومدى التزام المسلمين به. فقد ناقش الجويني ومن لحقه مسألة مدى جدوى الالتزام بالإجماع السكوتي[6] في ظلّ تغيّر الواقع وتبدّل الأزمان من منطلق

(1) على الرغم من أنّ الوقف مقتصر على الأرض فحسب، تغيّر الموقف الفقهي منذ القرن الخامس بإجازة وقف ما دونها من المنقولات مثلما يذهب إلى ذلك السرخسي عملاً بالعرف وما تعارفه الناس وأجمعوا عليه دون اعتراض من العلماء. راجع: المبسوط، ج12، ص78.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ص223.

(3) ابن إبراهيم، محمد، الاجتهاد والعرف، ص195-204.

(4) الاستبضاع هو دفع الرجل مالاً لآخر ليعمل فيه، على أن يكون الرّبح كلّه لصاحب المال، وقد جوّزه السرخسي لتعارف الناس عليه ولسكوت الفقهاء عنه. المبسوط، ج12، ص78.

(5) الطوسي، أبو جعفر، الخلاف، تحقيق علي الخراساني وجواد الشهرستاني، ومهدي طه نجف، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، (د.ط)، 1414هـ/ 1993م، ج4، ص171.

(6) يشير الرّازي في محصوله إلى الجدل الذي قام بين الأصوليين حول هذا الصنف من الإجماع، فقد رفضه الشافعي، واعترفت به المعتزلة وجعلته حجة. راجع: المحصول، ج4، ص154.

احتكامه إلى المنطق العقلي طريقاً للبرهنة على الأصول. وكان جوابه معتمداً على حكم العادة التي لا تقبل دوام السكوت مع تذاكر الواقعة، وهو ما يتفق مع حكم العقل الذي يحيل على وقوعها. وعليه فإنه يقبل الإجماع السكوتي في الزمن القصير فحسب بحكم الضرورة على حد قوله[1]؛ لأن الغاية من الإجماع هي القطع خلافاً لسكوت العلماء الذي يجعل المسألة قائمة على الظنّ[2].

وقد ورد هذا الموقف في سياق الردّ على أتباع المذهب الحنفي ممن كانوا يرون في سكوت الصحابة تقريراً يتنزّل منزلة التصديق بالقول، ويدعون أنّ انتشاره بين العلماء يحملهم على عدم الإنكار ومن ثمّ السكوت. وهذا ما ردّ عليه الجويني اعتماداً على أهمية دور العرف (العادة) وما ينطوي عليه من مبدأ تغيّر الإطارين المكاني والزماني للقضايا المطروحة، أولاً من حيث صعوبة انتشار أي حكم يقضي به القاضي أو الوالي بين العلماء، وثانياً في أنّ تغيّر الأزمنة من شأنه أن يعسّر الحكم في قضايا مطّرد العادة باختلاف عصورها، لأنّ الأزمنة وأهلها على التداني في أحكام العادات وفقاً لقوله[3]. ويثير في سياق آخر مسألة اختلاف علماء العصر في الإجماع، فيظهر وعيه حادّاً بمدى أهميّة العرف ودوره في ذلك، لأنّه يمثل المعيار في انقداح أحد الوجوه التي تقضي بسقوط أحد القولين لفائدة الآخر. وتبعاً لذلك لا يمكن في حكم مستقر العادة أن يقع الرجوع إلى المذهب الأول إلا بظهور دليل أقوى منه (خبر أو آية أو أثر يجب الحكم بمثله)، وبهذا المعنى يغدو لبنة من لبنات

---

(1) الجويني، البرهان، ج1، ص705-706.

(2) تبنّي بعض الأصوليين اللاحقين موقف الجويني ذاته في القول بانقراض العصر بناء على حكم العادة مثل علاء الدين البخاري من المذهب الحنفي الذي استند إلى رأي أبي هاشم الجبّائي في تعارض الإجماع السكوتي مع العادة، وضرورة تجدد الحكم بتكرّر الواقعة. راجع: البخاري، كشف الأسرار، ج3، ص230.

(3) الجويني، البرهان، ج1، ص703.

بناء الإجماع ذاته[1]. وهو موقف يجعل من العرف شرطاً من شروط بناء الإجماع فضلاً عن كونه أساساً لإثباته. وهو ما توصّل إليه أثناء دراسته الفقهية للمسألة السّياسية المتعلقة بمشكلة الخلافة في كتابه الشهير (**غياث الأمم**).

وإذا كانت العلاقة بين العرف والإجماع لدى الجويني مستندة -تحديداً- إلى منطلقات التحليل العقلي الواضح، فحاول من خلالها بناء الأدلة على هذا المعطى. وهو ما بدا واضحاً في توسيع مفهوم العرف من دلالته الفقهية المتصلة بالمعاملات إلى دلالة كلامية/ عقلية تجريدية أوسع تتضمن المعاني الكونية التي تحيل بدورها على مفهوم التغيّر في الزّمان والمكان، فإنّ الخلفية السياسية تبدو أبرز في هذه العلاقة. فلو قلّبنا نظرنا جيداً في كتابه المذكور آنفاً والمخصّص في جزء كبير منه لمسألة الخلافة لوجدنا أنّه عصارة تفكيره السياسي ومواقفه الإيديولوجية التي امتزجت بآرائه الأصولية المضمّنة في كتاب (**البرهان**). وتلك العصارة هي خلاصة لم تكن منقطعة بدورها عمّا شهده الفكر السياسي السنّي من تطورات وتقلّبات تركت أثرها العميق في تلك الآراء وفي الصلات الواضحة بين الدّليلَيْن الأصوليَّيْن.

2-3- العرف والإجماع والخلفية السيّاسيّة:

لم تكن الخلفية الكلامية وحدها هي التي فسّرت اهتمام الأصوليين بالصلة الرّابطة بين الإجماع والعرف، ولاسيما مع جهود الجويني المتميّزة التي أثمرت توجهاً جديداً داخل هذا العلم جسّدها في بناء أدلّة الأصول على مستثمرات المباحث الكلاميّة، وكان إدراج المباحث العقلية فيها جزءاً من أجزاء البحث الأصولي، وإن كان أبو الحسين البصري الأسبق في هذا المضمار، فقد كانت الخلفية السياسية واضحة وجليّة ومؤثرة في النتائج التي توصّل إليها الأصوليون في ميدان أصول الفقه. إذ لم تكُ تلك الجهود معزولة عن تقلبات الوضع السياسي الذي كان يعيشه المسلمون في أواسط القرن

(1) الجويني، (م.ن)، ج1، ص712-713.

الخامس الهجري/الحادي عشر الميلادي وما قبله حين شهد تصاعداً لأوج الصراع حول المشروعية الدينية لمؤسسة الخلافة. وقد عُدَّ الجويني إلى جانب الماوردي (ت 450هـ/ 1058م) وابن الفرّاء (ت 458هـ/ 1066م) من أقطاب علم الأصول الذين اهتمّوا بالمسألة السياسية وضمن كوكبة من الفقهاء الساعين إلى تطوير الخطاب السياسي الإسلامي الوسيط المستند إلى الشريعة[1].

تجسّدت الخلفية السياسية لعمل الجويني الأصولي في كتابه الشهير (**غياث الأمم في التياث الظلم**)، وهو أثر فقهي اشتمل على القضايا السياسية والاجتماعية وتخصّص في معالجة أزمة الخلافة الإسلامية من خلال ضبط الشروط الدينية اللازمة ومعاييرها التي ينبغي أن تتوافر في القائمين بها وفي مؤسساتها مثل الولاة والأمراء[2]. وكان مستنده في ذلك الرؤية السنية الأشعريّة للشريعة الإسلامية التي تنظر إلى مؤسسة الخلافة ركناً من أركان أساسية لا غنى عنها في استمرار الدين وحفظه واستبقاء الإسلام ونشر دعوته. ولذلك كانت الإمامة فرضاً واجباً على الجميع لا يجوز ترك المسلمين دونه[3]. غير أنّ هذا الواجب لا يجد مبرره الديني في النصّ بل في الإجماع. وقد تأسس هذا الموقف من خلال مجادلة آراء الفرق الشيعية التي كانت تدّعي الاعتماد على النص، معللاً ذلك بضعف خبرهم لافتقاره إلى شرط التواتر من جهة وتعارضه مع مستقر العادات من جهة ثانية[4]. ولئن تبلورت

---

(1) ومنهم: الفلاسفة مثل الكندي (ت 256هـ/ 873م)، والفارابي (ت 339هـ/ 950م)، وابن سينا (ت 429هـ/ 1038م)، والوعّاظ والأدباء ورجال الإدارة مثل ابن المقفع (ت 142هـ/ 759م) والجاحظ (ت 255هـ/ 868م) والطرطوشي (ت 520هـ/ 1126م).

(2) الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق مصطفى حلمي وفؤاد عبد المنعم، دار الدعوة، الإسكندرية، (د.ت)، ص10-11.

(3) (م.ن)، ص15.

(4) (م.ن)، ص21.

فكرة الإجماع لديه اعتبارياً في الأمة على غرار سائر الأصوليين، فإنها تجسّدت لديه عمليّاً في أهل الحلّ والعقد. وهي الجهة المخولة لاختيار الإمام وعقد عقد الإمامة. وقد ترتب على هذا الجدل، الذي كان يقلّص من أهمية النص في انعقاد الإمامة، نتائج أصولية منسجمة معها، أهمها إثبات حجية الإجماع دون العودة إلى النصوص بل انطلاقاً من العقل. ومدار ذلك لديه أن الإجماع يثبته العرف واطّراده. وقد برّره من خلال طريقة كلامية دحض فيها نظرية النصّ وأضعفها بناء على عدد من المعطيات التي يخالف فيها منطوق النص تأويل هؤلاء الخصوم من جهة[1]، وأثبت فيها أنّ اطراد العادة يستحيل معه وجود اتفاق للمجمعين على رأي واحد فما بالك اتفاقهم على الصواب[2]؟! وهنا يكون استناده إلى العرف حاسماً في إثبات الإجماع انطلاقاً من دحض الرأي المخالف[3].

ولئن بدا لنا أن بناء الإجماع على العرف لدى الجويني كان منسجماً مع رأيه في الحجية الدينية للخلافة التي يرفض انعقادها بنصّ ويستبعدها من دائرة العقائد[4]، فإنّ ذلك قد انعكس على بحثه في التفاصيل المتعلقة بشروط الخلافة ذاتها، ومنها المؤسسة المفوضة لتجسيد الإجماع بصفة عملية، وهي أهل الحل والعقد. فأثناء التعرّض إلى جملة الصفات المشروطة التي ينبغي أن

(1) (م.ن)، ص34-35.

(2) (م.ن)، ص36-37.

(3) «فأقول مدار الكلام في إثبات الإجماع على العرف واطراده وبيان استحالة جريانه حائلاً عن مألوفه ومعتاده فكل ما يتعلق بالدول والأديان والملل فالعرف مستمر على اتباع شوف، ومطمح يجمع شتات الآراء ويؤلف افتراق الهواء. وبهذا السبب انتظم أمر الدين والدنيا». الجويني، (م.ن)، ص39.

(4) «وليست الإمامة من قواعد العقائد، بل هي ولاية تامة عامة ومعظم القول في الولاة والولايات العامة والخاصة مظنونة في التآخي والتحري». الجويني، (م.ن)، ص47-48. وكذلك: «ولكن المسألة مظنونة مجتهد فيها، ومعظم مسائل الإمامة عريّة عن مسالك القطع خلية عن مدارك اليقين»، (م.ن)، ص59.

تتوافر فيهم نلحظ استحضاراً لبعض الضوابط العرفية المألوفة في مجتمعات تلك العصور. ومنها «أنّ النسوة لا مدخل لهن في تخير الإمام وعقد الإمامة، فإنهن ما رُوجِعْن قطّ»[1]، وألّا علاقة للعبيد بهذه المؤسسة[2] مثلما تشترط المعرفة بالحسبة صفة من صفات من يعين لاختيار الإمام[3].

ولا تتوقف الشروط العرفية في أهل الحل والعقد ممن تفوّضهم الأمة حقّ اختيار الإمام، بل يمتد ذلك إلى صفات هذا الأخير ذاته. فالصفات التي يراها الجويني لازمة، شأنه شأن سائر فقهاء وأصوليي المذهب السني، هي: قرشية النسب، وهي صفة لا يستند فيها على الحديث النبوي المعروف: «الأئمة من قريش» لضعف تواتره لديه، بل اعتماداً على عرف الماضين في اختصاص هذا المنصب بقريش[4]. ومن ثمّ يكون تكريس الطابع القبلي - العرفي شرطاً من شروط تولي الإمامة وتقلّد مسؤولية الخلافة على المسلمين. ويضيف إليها بعض الشروط العرفيّة الأخرى المتصلة بطبيعة المجتمع وخصوصيته من ناحية جنسانية (sexualité)، وتراتبية (hiérarchie) وهي الذكورة والحرّية[5].

وإذا كانت الشروط العرفية، التي يلزم توافرها في أهل الحلّ والعقد ومنصب الإمامة، امتداداً منطقياً لبناء دليل الإجماع على العرف لدى الجويني، فإنّها كانت انعكاساً واضحاً لتقديم الواقع على حساب النصّ كذلك. ويتضح هذا في تغليب الجويني أحياناً مبدأ العرف على الإجماع ذاته. ففي سياق تعرّضه للعدد المطلوب الذي ينبغي أن يتوافر في أهل الحلّ والعقد ممن يناط بهم عقد الإمامة، يرفض التنصيص على العدد، ويعترف بأن الإجماع ليس شرطاً ضرورياً في هذا العقد. ومن ثمّ يستجيب لمبررات الواقع

---

(1) (م.ن)، ص48.
(2) (م.ن)، ص50.
(3) (م.ن)، ص51.
(4) (م.ن)، ص62-63.
(5) (م.ن)، ص65.

ومقتضياته في عصره، فيرى، بناء على استقراء ماضي الخلافة الرّاشدة، أنّ العقد يتحقق ببيعة يكون هدفها حصول الشوكة الظاهرة والمنعة القاهرة[1]. وبذلك لا يخرج عما استقرّ في الفقه السياسي السنيّ الأشعري من تبرير للواقع السياسي بجعل العرف ممثلاً في الشوكة والاستيلاء بديلاً للالتزام بقواعد الشرع، ومبدأ عمليّاً غايته فرض الوحدة التي بدأت أواصرها تتفكك في ذاك العصر. ولا يشذّ في هذا السبيل عن معاصريه ممن ألّفوا في المسألة من أمثال الماوردي والفرّاء، وعرفوا بإضفاء المشروعية الدينية على عرف التغلب والاستيلاء[2]، واتفقوا على تبرير العرف السياسي في انتقال السلطة -ولاسيما ولاية العهد- تبريراً دينياً بوساطة دليل الإجماع ذاته[3].

وعلى الرغم من أنّ البعض من الباحثين جنح إلى تفسير ذلك التبرير بالعلاقة الوطيدة التي كانت تجمع بين سلطة الساسة وسلطة العلماء ممثلة في الفقهاء[4]، فإنّ البعد الأوسع لإدماج العرف السياسي وتبريره دينياً وأصولياً

---

(1) «فالوجه عندي في ذلك أن يعتبر في البيعة حصول مبلغ من الأتباع والأنصار والأشياع، تحصل بهم شوكة ظاهرة، ومنعة قاهرة، بحيث لو فرض ثوران خلاف، لما غلب على الظن أن يصطلم أتباع الإمام، فإذا تأكدت البيعة، وتأطدت بالشوكة والعدد والعدد، واعتضدت، وتأيدت بالمنة، واستظهرت بأسباب الاستيلاء والاستعلاء، فإذ ذاك تثبت الإمامة، وتستقر، وتتأكد الولاية وتستمر، ولما بايع عمر مالت النفوس إلى المطابقة والموافقة، ولم يبد أحد شراساً وشماساً، وتضافروا على بذل الطاعة على حسب الاستطاعة، وبتعين اعتبار ما ذكرته بأني سأوضح في بعض الأبواب الآتية أن الشوكة لا بد من رعايتها». (م.ن)، ص55-56.

(2) أبو يعلى الفرّاء، الأحكام السلطانية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2000م، ص23.

(3) «فأما من يوليه العهد بعد وفاته فهذا إمام المسلمين ووزر الإسلام والدين وكهف العالمين وأصل تولية العهد ثابت قطعاً مستند إلى إجماع حملة الشريعة». الجويني، غياث الأمم، ص100. الماوردي، الأحكام السلطانية، ص30. الفراء، الأحكام السلطانية، ص25.

(4) يفسّر حمادي ذويب تبرير الفقهاء للعرف السياسي الخارج عن قواعد الشرع =

من خلال الإجماع، لا يمكن أن نكتفي فيه بمثل هذا التفسير بل يجد في دلالات الإناسة السياسية ما يعكس عمقه. فواقع الخلافة العباسية الذي عاصره الجويني كان يقوم على تعدد مراكز القوى في الأطراف. ويعني أنّه واقع نابع من خصوصية النّظام الإقطاعي السائد حينها[1]. ولم يعد ممكناً القضاء على تلك المراكز، وهذا ما أدى إلى ظهور أمراء متغلّبين على شاكلة النموذج السّاساني القديم في علاقتهم بالمركز. فإنْ كانت السلطة الأموية قد تأسست على عصبية وحدوية مركزية فإن الواقع العبّاسي شهد صعود عدد من العصبيات المتغلبة مقابل ضعف عصبية العباسيين ذاتها. ولهذا كان دور الفقهاء موزعاً بين تأكيد مفهوم الأمة الواحدة عبر دليل الإجماع وتبرير العرف السياسي الذي يجد في بنية الواقع سنده الأقوى[2]. وبين الدّوريْن ما يعكس

= بمحافظتهم على امتيازاتهم وتحالفهم مع السلطة السياسية. جدل الأصول والواقع، ص367.

(1) من المفيد الإشارة إلى الواقع الاقتصادي للعراق وتأثيره بعد القرن الرابع/العاشر على الحياة السياسية والفكرية، فقد شهدت تلك المرحلة صعود الإقطاع العسكري ممثلاً في العصبيتيْن السلجوقية والبويهية، نتيجة لانحسار النشاط التجاري البحري الذي كان يبشّر بولادة نواة لبرجوازية تجارية منفتحة على العالم، وقد رافق ذلك التحول الانقلاب على المعتزلة وصعود تيار أهل الحديث وتبني الخلافة للمذهب الأشعري. ومن الطبيعي أن يميل الفقهاء، حرصاً على وحدة المسلمين، إلى تبرير الأعراف التي جاء بها الإقطاع العسكري توفيقاً بين حفظ الدين ممثلاً في منصب الإمامة والقبول بتحكم تلك العصبيات في السلطة التنفيذية عن طريق الوزارة والإمارة باعتبارهما عرفين سياسييْن نشأا بحكم الضرورة. راجع: الدوري، عبد العزيز، تاريخ العراق الاقتصادي في القرن الرابع، دار المشرق، بيروت، ط2، 1974م، ص119-128. بنعبد العالي، عبد السلام، الفلسفة السياسية عند الفارابي، دار الطليعة، بيروت، ط2، 1981م، ص46-50. بن سعيد، سعيد، الفقه والسياسة، دار الحداثة، بيروت، ط1، 1982م، ص36-38.

(2) يفسّر رضوان السيد رؤية الفقهاء بمسعى التوفيق بين الخلافة منصباً رمزياً مجسّداً لوحدة الأمة والجماعة من ناحية وتبني الأعراف الفارسية القديمة التي تشرّع لإمارة الاستيلاء ووزارة التنفيذ حتى يتم إضفاء المشروعية الدينية على أمراء الأطراف، ومن =

تقارب وظيفتَي الدّين والعرف من النّاحية الكونية في تحاشي الانقسام وتجنب الحرب وتقديم مبدأي الصلح والتوافق بديليْن لفضّ النّزاعات السياسية والاجتماعية مثلما أشرنا إليه في المقدمات النظرية.

وبناء على ذلك اتخذت العلاقة بين العرف والإجماع صوراً شتى، فمرّة يستند الإجماع إلى العرف وأخرى يثبت العرف بوساطته وأحياناً يتقدّم عليه. وفي كلّ تلك الصور يبدو أنّ الواقع السياسي هو الطرف الفاعل في تغيّر صور تلك العلاقة وتقلّبها بين الفاعلية والمفعولية والتأثير والتأثّر.

إنّ إبراز هذه العلاقة الجدلية بين الدليلين في تفكير الجويني الفقهي والأصولي قد لا تعكسه الخلفية السياسية الضيقة التي كانت تعمل على تبرير الواقع السائد فحسب، بل تشتمل على البعد النّظري التأمّلي الذي تبلور من خلال توسيع مفهوم العرف ذاته. فلئن عكس خصوصية القيم الاجتماعية والسياسية والاقتصادية لمجتمع ما فقد امتد ليشتمل على مفهوم التغيّر والتبدّل في المكان والزّمان. وارتبط هذا المفهوم لدى الجويني بالمجال السياسي معبراً عنه بمصطلح «الطوارئ» الذي استغلّه للحديث عن أزمة الخلافة في عصره، محاولاً ضبط معايير متفقة مع قيم عصره يجمع فيها بين مبادئ الشريعة ومقتضيات الواقع، ناهيك عن استبعاد الآراء التي تضفي نزعة الإطلاق والثبات الدائم على منصب الإمامة[1]. ولذلك نجد العرف وفقاً لمنوال الشريعة الذي يتصوره مكوّناً بنيوياً من مكوناتها، ففي سياق مناقشته

= ثمّ السماح بالتعدد داخل الوحدة، ومن هنا نكتشف الخلفية السياسية العميقة لعلاقة العرف بالإجماع لدى هؤلاء قبل أن تتبلور أصولياً لدى الجويني. راجع: السيد، رضوان، الأمة والجماعة والسلطة، ص91-103.

(1) يظهر ذلك في دحض فكرة العصمة عن الأئمة مثلما يروّج لها الشيعة اعتماداً على مطرد العادات بقوله: «وأما الأئمة فقد صحّ من دين النبي إمامتهم مع ما يتعرضون له من إمكان الهفوات، فإنا أثبتنا صحّة الاختيار، ويستحيل معه علم المختارين في مطّرد العادات بأحوال المنصوبين للزّعامة». الجويني، غياث الأمم، ص74.

العوامل التي توجب عزل الأمراء أو الخلفاء، أي ما يعبّر عنه بـ«الخلع والانخلاع»، يؤكّد أهمية أخذ اختلاف الظروف وتبدل الأزمان في الاعتبار. ومن خلال هذا المعنى لا يضع قاعدة جاهزة وأحكاماً ثابتة، بل يدعو إلى دراسة كل وضع بمعزل عن الآخر وصولاً إلى ضبط حكم يقاس على أساس المصالح المقدّرة والمفاسد الممكنة. ويتجسّم ذلك بوضوح في مختلف الأسباب التي تؤدّي إلى خلع الأئمة، وفي التطبيق الصحيح لمبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[1]. وهذا هو سبب إجازة إمامة المفضول مثلاً إذا اقتضته مصلحة المسلمين على الفاضل لو تسبب في «اختباط الأمة وفسادها»[2]. ومن خلال هذه القاعدة تغدو الشريعة لديه إطاراً قاعدته النصوص وليس مدونة ثابتة وجاهزة مستجيبة لكل الطوارئ والظروف.

إنّ تقدير الواقع في الفتوى وبناء الحكم الشرعي هو المعيار الذي اعتمده الجويني في اعتباره للعرف ضمن دليل الإجماع. وهو تقدير اعتمد على مفهوم المقصد، الذي أخذ يتبلور تدريجياً في الأصول منذ جهود إمام الحرميْن التي برزت خلال بنائه الأدلة الأصولية على العقليات والعادات إلى جانب السمعيات. ويتلخص هذا الاتجاه في تصوّر يقوم على ضرورة تعليل تلك الأحكام عقلياً، وهذا ما يقودنا تدريجياً إلى تبيّن مختلف وجوه العلاقة بين العرف والقياس باعتباره دليلاً قائماً أساساً على مفهوم التعليل.

3- العرف والقياس:

يتبوّأ القياس منزلة مهمّة في الأدلّة الرئيسة الكبرى للفقه لدى المسلمين، فهو الأصل الرابع بعد القرآن والسنّة والإجماع. وإنْ حظي باهتمام واسع لدى علماء الأصول السنة، فإنّه ظلّ يحمل أبعاداً إشكالية تتعلق بحدّه وتعريفه في المقام الأوّل، ومجال عمله وعلاقته بسائر الأدلة في المقام الثاني. وقد

(1) (م.ن)، ص176.
(2) (م.ن)، ص123.

تولدت إشكاليات تعريفه من اختلاف المذاهب الفقهية وتنوّع مرجعياتها الكلامية والفقهية، إضافة إلى خصوصية هذا الدّليل الذي لم يكن متصلاً بدائرة العمل التشريعي والفقهي فحسب؛ بل كان آلية من آليات التفكير الكبرى في مختلف ميادين المعرفة الوسيطة التي نشأت مع حركة التدوين وبداية الانتقال من ثقافة المشافهة إلى ثقافة المكتوب[1].

وقد أقرّ الأصوليون أنفسهم بغموض مصطلح القياس إلى الحدّ الذي عسُر على بعضهم تعريفه. ويعود هذا العسر أساساً إلى تعدد مصطلحاته وتغيرها بتغيّر المذهب والفرقة[2]. وقد انعكست هذه الصعوبة على علاقة هذا الأصل بسائر الأدلّة. فمن خلال مختلف الاصطلاحات التي أطلقت عليه عند الأصوليين توزّع القياس بين آلية من آليات الاجتهاد ودليل من أدلّة الحكم الفقهي المعترف به. وهو ما أثمر توسّع نطاق عمله ولاسيما في صلته بالأدلّة الكبرى والصغرى التي قد يكون من تجلّياتها استحداث أدلّة تكميليّة نبعت من عمل القياس وتوسّع نطاقه في الفقه. ومنها المصلحة والاستحسان. وإذا كان العرف من النّاحية التاريخية دليلاً من الأدلّة التي نشأت قبل انبعاث منظومة الأصول ومظهراً من المظاهر العاكسة لثقافة المشافهة الممتدة جذورها في الماضي من خلال تبني النص المؤسّس لبعض قواعد العرف. فإنّ القياس الأصولي نشأ في ظلّ ثقافة المكتوب وتوسّع نطاق عمله بتوسع المنظومة الأصولية وتطوّر الجدل الكلامي الذي كان من ضمن آلياته القياس البياني النابع من إشكالية العلاقة بين الشاهد والغائب في العقيدة عند المتكلّمين. وهنا يجوز لنا أن نبحث في مختلف مظاهر العلاقة بين الدليلَيْن التي تراوحت بين التباعد والتلاقي.

---

(1) الجابري، بنية العقل العربي، ص137.

(2) تعددت مصطلحات القياس عند الأصوليين من اعتباره حملاً إلى استنباط أو استدلال أو استقراء أو اعتبار أو تقدير بتعدد وجهات النظر الفقهية والكلامية. راجع: الجلاصي، بثينة، القياس أصلاً من أصول الفقه، ص180-205. والجابري، بنية العقل العربي، ص144.

3-1- العرف والقياس بين التباعد والتلاقي:

يتألف القياس عادةً من أركان أربعة ضبطها الأصوليون طول مرحلة تشكّل العلم، وهي الأصل والفرع والحكم والعلّة. وتنطوي هذه الأركان ضمنيّاً على محاولة تنظيم الاجتهاد الذي تمحور في جوهره حول إشكالية المواءمة بين النص المقدّس المتعالي والواقع الملموس الوضعي. ولما كان الأصل هو المعيار الذي يتم عبره استنباط الأحكام الجديدة في سبيل استيعاب طوارئ الأحداث والتحكم فيها، فقد كان يستند مباشرة إلى نصّ الوحي ومصدره السماعي مثلما عبّر عن ذلك الغزالي[1]. ولا تتوقف مرجعية النصّ والسماع عند حدود الأصل، بل تمتد لتشتمل على معرفة الحكم (الفرع) أيضاً مثلما يثبت ذلك الرّازي الذي لخّص جوهر آراء الأصوليين السنّة في هذا المقام بقوله: «الثاني أن يكون الطريق إلى معرفة ذلك الحكم سمعياً، وهو ظاهر على مذهبنا أن جميع الأحكام لا تعرف إلا بالسمع»[2] وفي مقابل ذلك يستند العرف إلى الواقع بكل تعقيداته ومتغيّراته وقواعده وثوابته. وتبعاً لذلك تقدّم هذه التعريفات المبتسرة انطباعاً أوليّاً على تباعد الدّليليْن من الناحية الأصولية من حيث كونهما مصدرين مختلفيْن. فإذا كان الأول يحظى بمرتبة الأصل الرّئيس فإنّ الثاني ظلّ دليلاً فرعياً تبعياً للأدلّة الأصلية، وكان مهمّشاً وفقاً للبنية التراتبية للأصول منذ أنْ تشكلت مع رسالة الشافعي. فالقياس آلية لتوسيع الحكم انطلاقاً من النصّ[3]. أما العرف فقد

---

(1) أهم شروط الأصل أو المقيس عليه عند الأصوليين أن يكون حكماً ثابتاً بطريق سمعي شرعي و ثبوته بطريق عقلي أو لغوي لا يجعله حكماً شرعيّاً، راجع: الغزالي: «المستصفى»، ج2، ص355.

(2) الرّازي، «المحصول»، ج3، ص359.

(3) إن المستعمل للقياس الأصولي البياني لا يبتدئ الحكم ولا يصدر حكماً جديداً، بل يعمد إلى حكم موجود، ألا وهو حكم الشارع المتعلّق بمسألة معيّنة فيمدّه ويطبقه على شيء آخر غيره لوجود شبه بين الحكم الأول وهو الأصل و الحكم الثاني وهو الفرع، ويؤكد أبو الحسين البصري تعريف الشيخ أبي هاشم الجبائي الذي يرى أنّ =

يكون مصدراً في غياب حكم النصّ[1]. وفي هذا السياق يوضّح البصري علاقة التباعد والتنافر بين الدليلين انطلاقاً من تحديده لمفهوم العلّة في القياس وخصائصها وشروطها، ولاسيما أنها مرتكز من مرتكزاتها فهي ما به يصحّ ويدرك أن ما في الفرع المقيس هو إجراء وسريان لما في الأصل المقيس عليه[2]، وإنِ اختلف الأصوليون في تحديدها من قائل بأنها تحمل معنى الحكم إلى قائل بأنها أمارة عليه. وعلى الرغم من الشقاق القائم بين المناطقة والمتكلمين من جهة والأصوليين والفقهاء من جهة ثانية، في اعتبار الفريق الأول أن العلل عقلية بما أن العقل مصدر التعليل عندهم، واعتبار الثاني أن العلل شرعية بما أنّ الشرع مصدر التعليل لديهم. وعلى الرغم من الجدل المرافق لهذا الاختلاف حول مسألة التقبيح والتحسين، وأثرها على سائر القضايا الأصولية، فإنّ الأصولي المعتزلي حسم الأمر، معتبراً أنّ العلل الشرعيّة «أحكامها شرعيّة لم تثبت بالعادات، فتعلم علتها بكيفية ثبوتها في العادة»[3]. وبهذا الاستدلال استبعد البصري، مثل سائر الأصوليين المتكلّمين، العرف من دائرة أركان القياس انطلاقاً من ثبوت الأحكام بالشرع دون العادة. ويرد هذا الاستبعاد نتيجة منطقية لمسعى البصري مع هؤلاء الأصوليين إلى محاولة تسييج الخلافات حول مسألة القياس وما أثارته من

= القياس هو«حمل الشيء على غيره و إجراء حكمه عليه» ويحدّ أيضاً بكونه «تحصيل حكم الأصل [في الفرع] لاشتباههما في علّة الحكم عند المجتهد»، «المعتمد»، ج2، ص697.

(1) عرّف الزركشي العرف الشرعي أصولياً بعبارة العادة معتبراً «أنّها تحكم فيما لا ضابط له شرعاً» وقدّم أمثلة لاعتماده لدى الشافعي في غياب النصّ مثل حكم الحيض والبلوغ وإحراز المال المسروق وغيرها، راجع: «المنثور في القواعد الفقهيّة»، ج2، ص356.

(2) العلوي، سعيد بن سعيد، الاجتهاد والتعليل، بيروت، مجلة «الاجتهاد»، العدد الثامن، السنة الثانية، صيف 1990م، ص80.

(3) البصري، المعتمد، ج2، ص774.

جدل في خصوص العلّة أهي شرعية أم عقليّة؟ فالأمارات التي عدّت لديهم من صفات العلّة لم يجزْ استنادها إلى العادات[1]؛ إذْ هي موقوفة على الشارع ومختصة بالله وحده، وخصوصاً في مجال التعبّد. أما في الجوانب العملية المتعلّقة بالمضرّة والنفع والمصالح فلا تخرج عن الموقف العام في ضرورة التنصيص على العلّة، واعتبارها أمارة أو قرينة للحكم ليغدو متماهياً في الأخير مع الرؤية المعرفية الكلامية السائدة القائمة على مبدأ التجويز وليس السببية[2].

إلّا أنّ ذلك لا يعدم بتاتاً انعدام الالتقاء، فإذا كان من شروط استقامة الحكم/ الفرع المتولّد من القياس واكتسابه صفة الشرعية وجود المشابهة بينه والنص/ الأصل، فإنّ من شروط قبول العرف كذلك عدم تعارضه مع النصّ. وهكذا، يتنزل النص من الدّليليْن منزلة الحاكم على مشروعيتهما في المنظومة الأصولية.

وضمن هذا الإطار، لا بدّ من الانتباه إلى عديد وجوه الالتقاء التي نرصدها بين الدليلين ولو ضمنياً عند الأصوليين، سواء فيما يتضمّنان من معان كونية متمحضة عن خصائصهما أو في وظيفتيْهما الاجتماعية/ الأصولية إزاء الجدل المستمر بين النصّ والواقع[3]. ففي المستوى الأول لما كانت من

---

(1) (م.ن)، ج2، ص724. والآمدي، الإحكام، ج4، ص16.

(2) على الرغم من منطلقات البصري المعتزليّة، التي تدافع عن جواز التعبّد بالقياس عقلاً، وما استتبعه من الدفاع عن التعليل العقلي، فإنّه يحسم الأمر في اعتباره أنّ الأمارة التي هي أحد صفات العلّة ينبغي أن تكون شرعية وليست عقلية، وهو ما كرّس نظرة تعسفية يشوبها التناقض؛ إذ كيف تكون الأمارة غير عقليّة والحال أنّ تعيينها وتحديدها تنصيصاً أو ترجيحاً أو استنباطاً عقلي صرف؟، راجع: براهم، سامي، نقد العقل الأصولي: دراسة تحليلية نقدية لأصول الفكر المعتزلي، منشورات كارم الشريف، تونس، ط1، 2014م، ص301، 306.

(3) ينبّه الجويني إلى هذه المسألة في مستهل حديثه عن القياس وضرورته، فيقول " فإنّ نصوص الكتاب والسنة محصورة [مقصورة]، ومواقع الإجماع معدودة مأثورة، فما =

معاني القياس قيامه على مفهوم المقارنة التي تقتضي المساواة بين طرفين وتستدعي حمل أحدهما (الفرع) على الآخر (الأصل) فإنّ الغاية منها إقامة الدّليل على وجود مماثلة تتطلب حمل شيء وتقديره على مثاله. ومن ثمّ يقع التساوي بذلك في الحكم أو النتيجة. ولمّا كانت صفة التماثل أصل العلّة، وهي الركن الجامع بين طرفي القياس (المقيس والمقيس عليه) فإنّه يغدو عملية فطرية أساسها العادة بما أنّ التماثل صفة من صفات الأجناس في الكون بحسب الجويني[1]. وبما أنّ الأجناس من مخلوقات الله فإنّ صفاتها من عاداته التي خلقها فيها وفقاً للرؤية الأشعرية. وبهذا المنطق يغدو القياس عادة من عادات الله أيضاً تتفق مع نظام الكون الذي خلقه وطبع فيه الكائنات على صفات معينة ومنها عادة التماثل. وليس من المستغرب أن يعدّ بعض الأصوليين القياس أداة فطرية سواء من أهل السنة مثل ابن تيميّة[2]، أم من خارجها مثل الأصولي الإباضي الورجلاني الذي أورد ما يؤكّد هذا الرّأي في كتاب (**الدّليل والبرهان**)[3]، ولا يتوقف حدّ القياس في علاقته بالعادة عند

= ينقل منها تواتراً، فهو المستند إلى القطع وهو معوز قليل، وما ينقله عن الآحاد عن علماء الأعصار ينزل منزلة أخبار الآحاد، وهي على الجملة متناهية، ونحن نعلم قطعاً أنّ الوقائع التي يتوقع وقوعها لا نهاية لها». البرهان، ج2، ص743.

(1) الجويني، التلخيص في أصول الفقه، تحقيق عبد الله جولم النبالي وبشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلاميّة، بيروت، (د.ت)، ج1، ص370.

(2) تحدّث ابن تيمية عن ذلك قائلاً: «ليس في الموجودات ما تعلم له الفطرة قضية كلية بغير قياس إلا علمها بالمفردات المعينة من تلك القضية الكلية أقوى من علمها بتلك القضية الكلية مثل قولنا: الواحد نصف الاثنين والجسم لا يكون في مكانين والضدان لا يجتمعان». مجموع الفتاوى، ج9، ص221.

(3) «إنّ من طبع بني آدم استعمال القياس من الصغر أطفالاً، وعليه تنبني علومهم، وعلوم الأطفال... فغلطات الأطفال في قياساتهم، أنّ الصبيّ مهما ترعرع ونظر إلى والديه وفرّق بينهما، توهّم أنّ كلّ طفل له والدان، وإذا كان له أخ صغير، توهّم أنّ كلّ طفل من أترابه له أخ صغير، وإذا كان لهم في دارهم بئر أو بيت أو غرفة في أمثالها، تخيّل إليه، أنّ أترابه كلّهم لهم هذه الأشياء، وكذلك إن جاع أو عري أو =

معنى الفطرة، بل يتعداها إلى مفهوم الاكتساب، وهو ما نلاحظه في الصلة الضرورية المنعقدة بين القياس والتماثل عند الرّازي؛ إذ يقرّ أنّ تصور المثل بديهي لأنّ كل عاقل يعلم بالضرورة كون الحارّ مثلاً للحارّ في كونه حارّاً ومخالفاً للبارد في كونه بارداً، ولو لم يحصل تصور ماهية التماثل والاختلاف إلا بالاكتساب لكان الخالي من ذلك الاكتساب خالياً من ذلك التصور فكان خالياً من هذا التصديق[1]. وبناء على هذه المصادرة تغدو مقولة التماثل حتمية يكتسبها الإنسان عبر ملاحظته لمختلف العلاقات بين الموجودات أو بين الخالق وخلقه. ومن خلال هذا الاكتساب أيضاً يشرّع الأصوليون لاعتماد القياس آلية للاستنباط والبحث عن الحكم الشرعي دون تعارض بين المقدّمات النقلية والمسلمات المنطقية والخلفيات الكلامية. ولمّا كان مفهوم العادة عند الأصوليين المتكلّمين توسيعاً كلاميّاً لمفهوم العرف، فإنّ القياس بمظهريه الفطري والمكتسب هو جزء من العرف في نطاق هذا الفهم الأصولي، ولاسيما عند المتكلمين منهم.

أما المستوى الثاني، الذي نكتشفه من وراء تحاليل الأصوليين، فإنّه يتعلّق بالتقائهما في الوظيفة الفقهية المنوطة بعهدة الدّليليْن، ألا وهي مواكبة متغيرات الواقع وتعقيداته، فلا ريب في أنّ القالب الأصولي الذي أرسى دعائمه الشافعي منذ القرن الثاني ظلّ مستمراً ومؤثراً في كل الجهود التي لحقته ومثلت إطاراً عاماً تنبني عليه كلّ الإضافات التي عرفها ميدان علم الأصول. فلمّا كان هذا القالب مساهماً في إعلاء سلطة النصّ المتناهي في مقابل الواقع اللامتناهي كان من الضروري البحث عن حلّ لهذا التناقض بالبحث عن آليات جديدة لجعل النصّ المقدّس المطلق مواكباً للواقع المتغيّر

= أكل أو شرب. فإذا بلغ انقشعت عنه هذه الحالات وترقّى إلى علوم الرّجال، ولهم غلطات في اعتقادهم وتوهّمهم». الورجلاني، أبو يعقوب، الدّليل والبرهان، المطبعة البارونيّة، القاهرة، (د.ط)، 1306هـ، ص121.

(1) الرّازي، المحصول، ج5، ص12.

النسبي، فكان هاجس الأصوليين منصبّاً على جعلها تتناسب مع كل ظرف وسياق. ولئن ساعدت السنة ثم الإجماع على الربط بين النص والسياق بتقديم رؤية تاريخية تبرّر أحكام النص وعملية تنزّله في الواقع الذي نشأ فيه، وهو ما أفرز ظهور علم أسباب النّزول فيما بعد، فإنّ هذا الربط لم يكن مستجيباً لما يطرأ على الواقع من طوارئ جديدة كانت تقتضي حكماً شرعياً ثابتاً لا تناقض فيه بين النص والواقع ذاته. ولذلك لم يكن الرّبط في أذهان الأصوليين مقتصراً على المناسبات التي نشأت فيها تلك النّصوص، بل امتدت لتشتمل على الظروف اللاحقة لتغدو فيها النصوص قاعدةً لكل حكم شرعي جديد، وأساساً لمشروعيته الدّينية. وهكذا كان مدار الاهتمام بالقياس مندرجاً في عمقه في إطار الانشغال بكيفية مواكبة الحياة اليومية المتغيرة التي تستمد قوانينها من الجدل القائم بين الإنسان ومحيطه الاجتماعي وليس بينه وبين النّصوص. ولذلك كان من الطبيعي أن يكون السؤال الجوهري في علم الأصول هو كيف نفهم النصوص في ضوء تغيّر الواقع أو في ضوء التعارض القائم بين التناهي في النصوص واللاتناهي في الواقع[1].

وإذا كان الثبات ناجماً عن مبدأ الإجماع الذي سعى إلى تحقيق التوازن بين الطرفين ومقاومة الضغط المتواصل للواقع المعيش، فقد كان التحدّي متمثلاً في السعي نحو استيعاب التغيّر دون المساس بالأسس النّظرية والمسلمات العقدية والفقهية المجمع عليها منذ استواء نهج هذا العلم. ولهذا كان استحداث القياس ورفعه من مرتبة الآلية والأداة إلى الدّليل والأصل مندرجاً في إطار هذا التحدّي الذي تختصّ به جميع الدّيانات، ولاسيما الكونية والتبشيريّة منها تلك التي تهدف دوماً إلى أن تكون قابلة للتصدير خارج حيزها الجغرافي والزمني الذي نشأت فيه. وتبعاً لذلك يصبح في مقدور الفقهاء

(1) «ومآخذ الأحكام مضبوطة والوقائع المتوقعة لا ضبط لها فكيف يستند ما لا نهاية له إلى المتناهي وهذا سؤال عسر جداً»، الجويني: «البرهان»، ج2، ص805.

تقديم الحلول للمشاكل المستجدّة دون الإخلال بوفائهم للقالب العام والنّظام الأساسي للشريعة الذي يتنزل فيه النصّ منزلة الأصل والقاعدة والمنطلق والمنتهى. ولعلّ دلالة مساواة الشافعي بين القياس والاجتهاد في رسالته تفسّر هذا الدّافع، على الرغم من تمييز اللاحقين بينهما. إلا أن هذا التمييز لم يمنع من الاهتمام المتزايد والواسع به في جلّ المصنّفات الأصوليّة[1].

إنّ طرافة القياس في المصنفات الأصولية لا تقف عند قابلية الجمع بين المتغيّر والثابت، أي مواكبة الواقع والوفاء للنص، ولا في توسيع الحكم وتمديده من الأصل إلى الفرع، بل في قدرته على توسيع أدلّة أخرى كان مختلفاً فيها مثل المصالح المرسلة والاستحسان اللذيْن نشأا من خلال الجدل المتصل بالتعليل القياسي. وذاك ما أضفى حركيّة على المبحث الأصولي في تحرّره من الثبات والقوالب الجامدة التي أعاقت نموّه وتطوّره. وهكذا، لمّا كان العرف بدوره عاملاً من عوامل إضفاء الحيوية في الواقع بما يعكسه مضمونه من مقتضيات تستجيب لطبيعة النموّ الحاصل في الأنشطة الاجتماعية والاقتصادية، فإنّ القياس أيضاً يعكس صدى هذه الحيوية في مستوى النصّ بجعله قابلاً للتطبيق في واقع آخر يختلف عنه زماناً ومكاناً. ويمكننا الاستدلال على ذلك ببعض الأمثلة التي تجسّد التلاقي في الوظيفة ذاتها ألا وهي التلاؤم مع مفهوم التغيّر الاجتماعي. فمن خلال أشهر أمثلة القياس كقياس النبيذ على الخمر، وقياس الأرز على البر، وقياس حكم اللواط على الزنى، ومسائل العبد على الأمة، نتبيّن هذه الوظيفة. وكذا الشأن في العرف، فتجويز المعاملات المالية، مثل: الاستصناع، وبيع الوفاء، والإجارة مثلاً، متولّدة عن الضرورة في غياب النص ومستجيبة لطارئ فرضه الواقع وتطوّر

(1) أغلب الفصول المخصّصة للقياس كانت مطولة ومفصّلة مثلما هو الحال عند الجويني في «البرهان»، ج2، ص743، السمعاني: «قواطع الأدلّة في الأصول»، ج2، ص68، الغزالي: «المستصفى»، ج2، ص235، الرّازي: «المحصول»، ج5، ص3، الآمدي: «الإحكام»، ج3، ص183.

التجارة عند المسلمين في حقبة من الزّمن. يُضاف إلى ذلك التقاء الدّليلين بشكل غير مباشر أحياناً في تأسيس حكم فقهي واحد. وهو ما نجده في مثال يقوم على قياس حكم من عرف جديد وطارئ على حكم من النصّ له جذور في العرف. وقد ورد ذلك لدى الأصوليين بشكل غير مباشر في سياق التمييز بين القياس الصحيح والقياس الفاسد، مثل تحريم بيع الأرز متفاضلاً قياساً على تحريم بيع البُرّ متفاضلاً في حديث الرّسول[1]. ومثلما أشرنا سابقاً إلى المقياس العرفي للتحريم، الذي قام على عرف أهل المدينة في الخلاف حول المكيل والموزون، والجدل الذي أثاره أبو يوسف في إمكانيّة تغير الحكم تبعاً لتغير المعايير العرفية. وكذلك هو الشأن مع الأرز بما هو طعام جديد دخل إلى عادات المسلمين الغذائية في قياسه على طعام البُرّ القديم، وتعارفوا على طرق بيعه سلفاً. وبمنطق القياس الذي جعل من موقف الرسول قاعدة وحكماً ثابتاً بالسماع والإجماع اتخذ منزلة المقيس عليه (الأصل) فيما اتخذ الأرز منزلة المقيس (الفرع). أمّا الجامع بينهما فهو الطعم والكيل والادّخار في الخبر المجمع عليه في نص الحديث الذي يوضّح ثبوت الرّبا في بيع البرّ متفاضلاً وفقاً للأصولي الشافعي السمعاني[2]. وفي كلّ ذلك دليل على أنّ القياس والعرف (المضمّن في موقف الرسول) تضافرا وفقاً لرؤية الأصوليين لإيجاد حلّ لما طرأ على الواقع الاجتماعي من دخول عادات جديدة لا يخفي تأثيرها في قابلية استيعاب مفهوم التغيّر الاجتماعي في ظل انشداد الثقافة إلى ثوابت التأويل الرّسمي (الفقهي/البياني) للنص.

ولئن عبّر هذا المثال عن إمكانية التقاء دليلين ضمنياً في إطار هدف واحد هو توسيع الحكم والإحاطة بمظهر التغيّر في الواقع، فقد كان منطلقاً لدى

---

(1) «الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح كيلاً بكيل ووزناً بوزن، فمن زاد أو أزاد فقد أربى إلا ما اختلف ألوانه». أخرجه أحمد بن حنبل، المسند، ج7، ص27.

(2) السمعاني، قواطع الأدلّة، ج2، ص137.

الأصوليين للتساؤل عن إمكانية بناء القياس على العادات العرفية. ومنها التساؤل عمّا إذا كان ممكناً أن تتوسع الأحكام المتأسّسة على العرف إلى حالات ووضعيات شبيهة بها. وهذا ما يحيلنا إلى إشكالية مدى انطباق القياس على العرف.

3-2- العرف بين الأصل والعلّة:

وردت مجادلة الأصوليين لإمكانية انطباق القياس على العادات العرفية في سياق ما أثارته القضية من إمكانية توسيع حكم الأصل على الفرع، وجدوى ذلك مدى استيعاب الشرع للحوادث والطوارئ التي لم يتنزّل فيها نصّ صريح. فوفقاً للقاعدة الأصولية الشهيرة، التي أرساها الشافعي والقائلة بأنّ «كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة»[1]، سار أغلب الأصوليين على هديها في تقرير ضرورة إيجاد حكم شرعي لكلّ الحوادث الطارئة. فإنْ لم يكن نصاً ولا إجماعاً كان قياساً. وبالقياس يربط الأصل بالفرع من خلال العلّة، ويغدو كل طارئ مستحدث خاضعاً لقول النصّ وإمكانات تأويله القياسي. غير أنّ عملية استيعاب الواقع لم تكن خاضعة لهذه الآلية فحسب؛ بل استندت إلى تطوّر مفهوم العرف نحو دلالته الكلامية التي وسّعت نطاقه ليشتمل على عددٍ من الظواهر الكونية المتكرّرة والثابتة، لأنّ قوانين الطبيعة لديهم هي من عادات الله المخلوقة التي يخضع لها الإنسان مثل سنّ البلوغ وفترة الحيض وحرارة بعض المناطق وبرودة أخرى. وهي عادات ليس فيها للبشر محض اختيار، بل خضوع وتسليم. وفي مثل هذه الظواهر نجد مواقف يتبنّاها بعض الأصوليين ممن يقبلون بإثبات «ما طريقه العادة أو الخلقة والجبلة بالقياس» عن طريق الأمارة مثل إحلال الروح بالشعر أو العظم لأمارة النماء. ولا يقبلون ما لا أمارة عليه كإثبات أقلّ الحيض وأكثره لاختلاف الأشخاص والأزمنة والأمزجة وانعدام

---

(1) الشافعي، الرّسالة، ج3، ص476.

معرفة الأسباب، بل يرجع فيها إلى خبر صادق طريقه الرواية والسّماع وفق آراء بعضهم[1].

ولئن عكس هذا الاستنتاج فهم الأصوليين للوظيفة المباشرة للقياس باعتبارها أداة لتوسيع نطاق الحكم إلى مجالات أخرى شبيهة دون ابتداع حكم جديد، فإنّه عكس، في الوقت ذاته، انشداد جميع الأحكام الطارئة إلى أصل النص والسّماع.

ومع ذلك، إنّ أغلب الإشارات إلى العرف في الجدل القائم حول القياس اتصل بشكل مباشر بمسألة العلّة. وهذا ما نجده صريحاً في تعديد مختلف أنواع العلل لديهم، فالقرافي يدرج نوعاً من العلل قائماً على الصفات العرفيّة مثل الشرف والخسّة ويجوّزها في القياس شرط اطّرادها وتميّزها عن غيرها[2]. وقد كان لهذا التجويز أثره في النشاط الفقهي وتوسيع دائرة القياس إلى أحكام تتفق مع قيم اجتماعيّة معيّنة مكرّسة لنمط معيّن من الاجتماع القائم على تراتبيّة حادّة بين مختلف الفئات والأجناس؛ إذ نجد لدى بعض الفقهاء ميلاً إلى استعمال العرف علّة لاستنباط أحكام فقهية تتلاءم وطبيعة النظام الاجتماعي الموجود. ويلوح هذا على وجه الخصوص في موقف المالكيّة ممن يجوّزون في بعض الأمثلة القياس بالعرف العملي

---

(1) راجع: الشيرازي، شرح اللمع، ج2، ص797. الرّازي، المحصول، ج5، ص477. الإسنوي (ت 772هـ/ 1370م)، نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999م، ج1، ص318.

(2) يجوز التعليل بالأوصاف العرقية كالشرف والخسة، بشرط اطّرادها وتميزها عن غيرها. أما الجواز: فإن الشرف يناسب التكريم والتعظيم وتحريم الإهانة ووجوب الحفظ، والخسة: تناسب ضد هذه الأحكام من تحريم التعظيم وإباحة الإهانة، فهذا وجه جواز التعليل بها. وأما اشتراط اطّرادها فإن ذلك الحكم إذا لم يوجد في جميع صور ذلك الوصف ويوجد الحكم بدونه ومعه فهو عدم التأثير، وهو يدل على عدم اعتبار ذلك الوصف. وأما التمييز فلأنّ التعليل بالشيء فرع تمييزه عن غيره، لأنّ الحكم يعتمد التصوّر». القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص408.

الخاصّ. فيقبلون -بناء على رأي مالك- أن تستأجر المرأة الشريفة مرضعاً لأبنائها، مستثنين إياها من عموم الوالدات كما ورد ذلك في القرآن(1). ويتضح هذا القياس في اتخاذ الإمام مالك نفسه للعادة العرفية علّة لتخصيص النصّ من جهة وبناء الحكم الذي يجوّز هذا الاستثناء من جهة أخرى. وهذا ما تبنّاه لاحقاً ابن العربي (ت 543هـ/ 1148م) في سياق تفسيره للآية ذاتها(2). وقد بدا ذلك واضحاً انطلاقاً من القرن الخامس في تبنّي المواقف التي أجيز فيها استعمال العرف علّة للقياس، ولاسيما مع المدونة الحنفية. ففي مسألة جواز استقراض الخبز يجيز بعض الفقهاء ذلك وزناً لا عدداً قياساً إلى عرف السّلم كما ذهب إلى ذلك أبو يوسف، على الرغم من معارضة أبي حنيفة وتحريمه للأمر إلا أنّ المتأخرين أخذوا به كذلك(3). وكذا الشأن في قياس فساد الإجارة على ما تعارفوا عليه في البيع إذا تضمّن شرطاً لا يقتضيه العقد(4). إلا أنّ مآل تلك القياسات سرعان ما انتهت بهؤلاء الفقهاء إلى ترك القياس وإجازة الأخذ مباشرة بالعرف مثلما يشير أحمد فهمي أبو سنّة في تتبعه لتطوّر العلاقة بين الطرفيْن(5)، وأهم ما يجسّمه هو مثل التعامل مع عرف «الاستصناع» الذي بدأ من خلال قياسه على «السلم»، وانتهى إلى استثنائه من السنّة، والقبول به مباشرة بحكم ضرورة الواقع لا منطوق النص.

---

(1) ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البَقَرَة: 233].

(2) «وقد مضى في سورة البقرة أنه لفظ محتمل لكونه حقاً عليها أو لها، لكنّ العرف يقضي بأنه عليها، إلا أن تكون شريفة، وما جرى به العرف فهو كالشرط حسبما بيناه في أصول الفقه من أنّ العرف والعادة أصلٌ من أصول الشريعة يقضى به في الأحكام [والعادة] إذا كانت شريفة ألا ترضع فلا يلزمها ذلك». ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003م، ج4، ص288.

(3) السمرقندي، أبو بكر (450هـ/ 1145م)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1994م، ج2، ص17.

(4) السُّبكي، تاج الدّين (ت 771هـ/ 1370م)، الأشباه والنّظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991م، ج1، ص344.

(5) أبو سنّة، أحمد فهمي، العرف والعادة، ص102.

ووفقاً لهذه الشواهد بدا واضحاً أنّ توسيع القياس نحو العرف من خلال اعتماده علّة للحكم قد مهّد السبيل تدريجياً إلى الوعي بأهميته وقيمته، على الرغم من عدم الاعتراف به رسمياً دليلاً مستقلاً. وقد ظهر لنا من خلال رصد مظاهر العلاقة بينهما في الفقه أن الوعي به مصدراً مستقلاً تشكّل عمليّاً في المدونات الفقهية، ولم ينل الاعتراف الرّسمي من الناحية الأصولية. وهي مفارقة ميّزت تعامل الأصوليين والفقهاء معه طول الفترة الكلاسيكية ما بين تأسيس المدونة واكتمالها في نهاية القرن الخامس الهجري/ الحادي عشر الميلادي.

ولا يقتصر حضور العرف في العلّة عند هذه المظاهر فحسب، بل يتعدّى ذلك إلى حضورها ضمن إشكالية أصوليّة أخرى في القياس ألا وهي مسالك العلّة.

3-3- العرف ومسالك العلّة:

بغض النّظر عن مختلف تصنيفات القياس التي تختلف من أصولي إلى آخر، فإنّ ما جمع بينهم هو اتفاقهم على أركانه الأربعة وهي: الأصل والفرع والحكم والعلّة أو المناط، ويتضح من خلال دراسة مختلف آثارهم أنّ مبحث العلّة قد استغرق منهم جهوداً كبيرة وصفحات مطولة لدوره الخطير والحيوي في كلّ قياس، ولمدى ضبطه لمشروعيته وصحته من الناحية الفقهية والأصولية. فللتأكّد من إمكانية توسيع نطاق الحكم من المسألة الأصلية إلى المسألة الفرعية والطّارئة كان من الضّروري التحقّق من علّة الحكم في الأصل. وبما أنّ الأصوليين أقرّوا بجواز خفاء العلّة واضطرابها كما يذهب إلى ذلك الآمدي[1]، فقد كان لزاماً السعي نحو البحث في الطرق التي تعرف بها تلك العلّة أو الطريق التي يعرف بها ما عدّه الشّارع علّة وما لم يعدّه علّة[2]. وتولّد

(1) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج3، ص224-225.

(2) أبو زهرة، أصول الفقه، ص243.

عن ذلك مصطلح مناط الحكم الذي يعني جملة ما أضافه الشرع إلى الحكم أو الأوصاف والعلامات؛ أي ما به يدلّ الحكم الشرعي وما يجد تفسيره ومعناه في قول الشارع أو فعله وسكوته أو استبشاره، أو يجده في فحوى خطابه ومضمونه، أو يكون الإجماع قد دلّ عليه بوجه من الوجوه. وقد حصر الغزالي مجاري الاجتهاد في العلل في ثلاث صور هي: تحقيق المناط وتنقيح المناط وتخريج المناط، ولا تخلو كل صورة من تضمّنها الإشارة إلى العرف ودوره في كل منها، ويمكن رصد ذلك انطلاقاً من تعريف كل واحدة منها كما يأتي:

- تحقيق مناط الحكم: هو بيان وجود المعنى (العلّة) في الفرع، أي إقامة الدّليل على وجودها فيه، وبعبارة أخرى: «هو النّظر في معرفة وجود العلّة في آحاد الصّور بعد معرفتها في نفسها، وسواء أكانت معروفة بنص أم إجماع أم استنباط»[1]. ويتبيّن من خلال الأمثلة المقدّمة من قبل الأصوليين حول هذه الصورة ارتباطها الوثيق بالقرائن والعادات العرفية، ومن أهمها مسألة العدالة في الشهادة. فالنصّ (الأصل) يجعل من شرط قبولها الاتصاف بالعدالة كما ثبت في الآية ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [الطّلَاق: 2]. ومع ذلك، إن التّحقّق من سلامة الشّهود متوقف على المعايير المشتركة التي تدلّ عليها العادات العرفية أو الأدلّة الظّرفية[2]. ونجد أثناء البحث عن طرق معرفة الإسكار، باعتبارها علّة تحريم الفرع وهو النبيذ، قياساً إلى الأصل وهو الخمر إحالة على دور العرف في ذلك؛ إذْ يتحوّل بهذا المقتضى إلى محدّد من محددات العلة التي تجمع بين الأصل والفرع. فالرّازي مثلاً، حين يبحث في الوصف المجعول علّة، يقسمه إلى لازم للموصوف أو متجدّد، ويجعل

(1) الآمدي، الإحكام، ج3، ص335.

(2) يقول الشاطبي، في سياق تعريف تحقيق المناط والاستدلال عليه بأمثلة: «وذلك أن الشارع إذا قال: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [الطّلَاق: 2] وثبت عندنا معنى العدالة شرعاً، افترقنا إلى تعيين من حصلت فيه هذه الصفة، وليس الناس في وصف العدالة على حدٍّ سواء؛ بل ذلك يختلف اختلافاً متبايناً». الموافقات، ج4، ص90.

المتجدّد إما ضرورياً بحسب العادة مثل انقلاب العصير خمراً، وإمّا متعلقاً باختيار أهل العرف ككون البُرّ مكيلاً[1].

- تنقيح المناط: هو بحث في علّة الأصل. وبحسب الآمدي هو «النظر والاجتهاد في تعيين ما دلّ النصّ على كونه علّة من غير تعيين بحذف ما لا مدخل له في الاعتبار مما اقترن به من الأوصاف»[2]. ويعني ذلك أنّ حكم القضية الأصل غير منحصر في سياقه المخصوص الذي كان علّة للحكم، فإذا كان هناك مقطع من المنصوص عليه يشير إلى فرد بعينه أو حادثة مخصوصة، فإن المجتهد يبحث أو يستقصي ما إذا كان ممكناً تطبيق الحكم على أوضاع أخرى بعد حذف كلّ ما اقترن بالحدث الأصلي من أوصاف. ومثاله في ذلك أنّ النبي أمر الأعرابي بالعتق لإفطاره في رمضان بمجامعة زوجته. ومن ثمّ فإنّ حكمه يسري على كلّ من فعل فعل ذلك الأعرابي، والقول فيه مماثل للقول في التحقيق. ويعبر عنه الآمدي بقوله: «وأن كون ذلك الزمان وذلك الشهر بخصوصه، وذلك اليوم بعينه، وكون الموطوءة زوجة وامرأة معينة لا مدخل له في التأثير، بما يساعد من الأدلة في ذلك حتى يتعدى إلى كل من وطئ في نهار رمضان عامداً وهو مكلف صائم، وهذا النوع وإن أقرّ به أكثر منكري القياس فهو دون الأول»[3].

- تخريج المناط: يعرّفه الآمدي بأنّه «النّظر والاجتهاد في إثبات علّة الحكم الذي دلّ النصّ أو الإجماع عليه دون علّيّته، وذلك كالاجتهاد في إثبات كون الشدّة المطربة علّة لتحريم شرب الخمر، وكون القتل العمد العدوان علّة لوجوب القصاص في المحدّد، وكون الطّعم علّة ربا الفضل في البرّ ونحوه، حتّى يقاس عليه كلّ ما ساواه في علّته»[4]. ويعني به التحقق من

(1) الرّازي، المحصول، ج5، ص284.
(2) الآمدي، الإحكام، ج3، ص303.
(3) الآمدي، (م.ن).
(4) الآمدي، (م.ن).

أنّ العلّة المخصوصة في المسألة الأصلية هي سبب وجود الحكم المناسب. فالحكم هو استقراء لجميع الحالات المماثلة التي تشترك معه في العلّة. ويضيف الزركشي موضحاً بإرجاع أصل المصطلح إلى اشتقاقه اللغوي: «وهو مشتق من الإخراج، فكأنه راجع إلى أن اللفظ لم يتعرض للمناط بحال فكأنه مستور أخرج بالبحث والنظر كتعليل تحريم الربا بالطعم، فكأن المجتهد أخرج العلة ولهذا سمّي تخريجاً بخلاف التنقيح، فإنّه لم يستخرج لكونه مذكوراً في النص، بل نقح المنصوص وأخذ منه ما يصلح للعلية وترك ما لا يصلح»[1]. ويتبيّن لنا، من خلال هذا التعريف، أنّ هذا الصنف يتعلّق بالعلّة في الأصل، خلافاً لتحقيق المناط الذي يتعلّق بها في الفرع. ويبدو واضحاً من خلال الأمثلة المقدّمة (التي عُدّت أصولاً للفروع) حضور العرف واستدعاؤه في مناقشة هذه المسائل المتصلة بالبحث عن صور العلّة والتّحقق منها وإثباتها.

تولّدت عن هذه الصورة ما يعرف بالبحث في بناء المناسبة، وتتمثّل صورتها في ضرورة تحقّق الفقيه من تناسب العلّة والحكم والبرهنة عقلياً على ارتباطهما الوثيق، وهي تعرّف لكونها «تعيين للعلّة بمجرّد إبداء المناسبة من ذاته لا بنصّ ولا غيره كالإسكار في التحريم والقتل العمد في القصاص. والمناسب وصف ظاهر منضبط يحصل عقلاً من ترتيب الحكم عليه ما يصلح أن يكون مقصوداً من حصول مصلحة أو دفع مفسدة»[2].

يظهر من خلال هذا التعريف أنّنا أمام مسألة التعليل العقلي لأحكام الشريعة، وهي المسألة التي أثارها المجرى الثالث من مسالك العلة ذاك الذي ولّد خلافاً عميقاً بين الأصوليين والمذاهب الفقهية والكلاميّة وفقاً لرأي الغزالي[3]. ويبدو أنّه خلاف متولّد عن إشكاليّة مرتبطة في جوهرها بالنّزاع

(1) الزّركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج4، ص228.
(2) السُّبكي، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، ج4، ص330.
(3) الغزالي، المستصفى، ج2، ص241.

المعروف بين الأشاعرة والمعتزلة حول مسألة «التحسين والتقبيح» الكلامية التي امتدت لينعكس صداها في المدونات الأصولية على مسألة مفهوم العلّة الأصولي[1].

وانطلاقاً من هذا الجدل، الذي خاضه الأصوليون بين مبرّر للأحكام الشرعية عقليّاً، ورافض لذلك، وفي سياق البحث عن تحديد دقيق لمفهوم المناسبة لا يتناقض مع المسلمات الكلامية والمنطلقات النّظرية لكلّ فريق، أشار عدد من الأصوليين إلى الصلة الممكنة بين مناسبة التعليل والعرف، ولاسيما لدى المدافعين عن تعليل الأحكام. فإذا كان مفهوم المناسبة يعني لديهم طرق تحقيق المصالح ودرء المفاسد في المقام الأوّل، فإنّه يتضمّن معنى الملاءمة في المقام الثاني، والملاءمة هي ما لا يشهد له دليل الشارع بالاعتبار بذاته، ولكن يشهد دليل شرعي من نصّ أو إجماع على اعتباره علّة لجنس الحكم، أو اعتبار جنس الوصف علّة لمثل هذا الحكم أو اعتبار جنس الوصف علّة لجنس الحكم[2]. ويقصد الزركشي بـ«الملائم لأفعال العقلاء في العادات»؛ أي ما يكون حيث يقصد العقلاء لفعله على مجاري العادة تحصيل مقصود مخصوص، وقال من يعلّلها هو ما يجلب للإنسان نفعاً أو يدفع عنه ضرّاً، وهو قول الدّبّوسي: «ما لو عرض على العقول تلقته بالقبول»[3]. وبناء على هذا القول فإن عليّة المناسبة متوقفة في جزء منها على مدى ملاءمتها

(1) جذور هذا الخلاف تعود إلى إشكاليّة فهم الأصوليين لمعنى العلّة الذي تحوّل لديهم إلى أمارة أو صفة مقترنة بالحكم وليس علّة بالمعنى المنطقي للعبارة؛ لما في ذلك من تعارض مع المسلمة الكلامية القائلة بتنزيه الذات الإلهية وعدم جواز تعليل الأفعال الإلهية بناء على تأويلهم للآية القرآنية: ﴿لَا يُسْئَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْئَلُونَ﴾ [الأنبيَاء: 23] التي تعني لديهم أنّ أحكام الشرّع غير معللة بالعقل، وعليه فإنّ العلل الشرعيّة لا تدلّ لذاتها، بل تدلّ لجملة الأوصاف والإضافات التي يلحقها الشارع بها. راجع: بن سعيد، سعيد، الاجتهاد والتعليل، مجلّة الاجتهاد، ص80-81.

(2) أبو زهرة، أصول الفقه، ص242.

(3) الزركشي، البحر المحيط، ج4، ص186.

للعادات الشائعة بين النّاس، وهذا يقدّم لنا وجهاً آخر من وجوه الوعي بأهمية العرف في معناه الواسع المرتبط بمقولة «التحسين والتقبيح» في بناء الأحكام والتحقق منها وإثبات علّيتها خاصّة لدى طيف من الأصوليين ممن كانوا يميلون إلى القول بتعليل الأحكام.

ويغني عن البيان القول بأنّ استحضار العرف في معظم النقاشات المتعلّقة بالعلّة قد تميّز بميزتيّن:

- الأولى: كان فيه المفهوم الكلامي المنطقي لمفهومه (العادة) هو الطاغي والمؤثّر في احتجاج عدد من الأصوليين على آرائهم المتعلّقة بالتعليل. وقد تولّد اكتشاف هذا المفهوم الكلامي منذ أن أدرجت مقولة «التحسين والتقبيح» ضمن مباحثهم. فكان لذلك انعكاس واضح على أصل القياس الذي اضطر بحكم اللجوء إلى تلك المقولة إلى استثمار مفهوم العادة بما هو توسعة لمفهوم العرف في ضبط مختلف وجوه العلّة ومسالكها وطرق تغيّرها واطّرادها. وقد انعكس ذلك بجلاء واضح في الخلاف القائم بين اتجاهيْن: اتجاه يرفض تعليل الأحكام الشرعيّة وآخر يقبل بذلك وفقاً لاختلاف زاوية النظر المعتمدة في التعامل مع مقولة «التحسين والتقبيح». ولئن كان البصري من أوائل الذين وظّفوا هذه المقولة في مبحثه الأصولي انطلاقاً من القرن الخامس/الحادي عشر، فإنّ جهود الجويني بعده تأثرت بذلك فسعت إلى بناء الأصول على المقدّمات العقلية دون التخلّي عن السمعيات. ومثلت تلك الجهود مرحلة تحول فارق في تاريخ علم الأصول تجسّدت بصفة فعليّة في مبحث التعليل والخلافات القائمة بين مختلف الاتجاهات حوله. وأبرز لنا، من جهة أخرى، تطوّر المنزع التجريدي في التعامل مع بعض الأدلّة المهمّشة كالعرف بتوسيع دلالته من طابعه الاجتماعي إلى طابعه الكوني (العقلي). ومن ثمّ لا نستبعد أن يكون الجدل حول التعليل عاملاً من عوامل التطور الحاصل في التفكير الأصولي حول العرف.

- الثانية: كثافة حضور الأمثلة الملموسة التي لها علاقة مباشرة

بالأعراف الاجتماعية السّائدة سواء في حياة الرّسول -والمتحوّلة إلى أحكام شرعيّة- أم في العصور التاليّة التي عايشها الأصوليون، حيث غدت تلك العادات فرعاً من القياس أو علّة له. ونذكر منها، على سبيل المثال، ما أورده الشيرازي في تعليل تحريم الرّبا من اتخاذ مثال عدم تكافؤ بيع الرّطب بالتمر دليلاً على صحّة علّة تحريم بيع ما يشبهه لاحقاً، أو النهي عن بيع الطعام بالطعام إلا بمثله، على كونها معللة بصفات مذكورة تتخذ أصلاً لتحريم الرّبا[1]. وعليه، إنّ اعتماد هذه الأمثلة التي كانت تقدّم باعتبارها أحكاماً شرعيّة ثابتة، يُظهِر بعض الاضطراب والالتباس في الرؤية التأويلية الأصوليّة التي حوّلت العرف إلى أصل شرعي ثابت بالنصّ، أو مقبول بالسنّة، والحال أنه متولّد عن اجتهاد في الظرف التاريخي المنشدّ إلى ثقافة اجتماعية واقتصادية وتجاريّة معيّنة لم تتطوّر بعد.

وبناء على وجود هاتين الميزتيْن ضمن العلاقة القائمة بين القياس والعرف، يمكن أن نرصد وجهاً من وجوه التعارض بينهما يظهر في التوظيف المزدوج للعرف بين مفهوم كلامي (العادات) الذي يحمل دلالة التغيّر المتلائم مع مبدأ جلب المصالح ودفع المفاسد المشار إليه عند أنصار التعليل من جهة، ومفهوم فقهي عملي في الاستدلال به (الأحكام العرفية القديمة المتحولة إلى أحكام شرعية) معياراً لقياس العادات الجديدة عليها من جهة ثانية. ومن ثمّ جعل الأحكام القديمة معياراً لتثبيت العادات الجديدة في واقع متحوّل ومتغيّر. ومن الطبيعي أن يؤدّي هذا إلى مآزق عمليّة كثيرة من نتائجها البحث عن طرق أخرى لتبرير الأعراف التي كان يفرضها الواقع بقوة. وهذا ما يفسّر لنا دوافع البحث عن استثناءات داخل الأصول المقرّرة لديهم قد نتبيّنها في الأدلّة التبعية التي استنبطوها للخروج من هذه المعضلة التشريعية بحثاً عن منفذ لتبرير وجود العرف ضمن منظومتهم الأصولية.

---

(1) الشيرازي، شرح اللّمع، ج2، ص851-852.

خاتمة الفصل:

تمخضت دراستنا لعلاقة العرف بالمصادر الرئيسة الكبرى للتشريع عن نتائج ثلاثة متصلة كل واحدة منها بمصدر من مصادرها، وهي:

- أنّ العلاقة بين العرف والسنة تراوحت بين السعي إلى تقليص مساحة الاعتراف به من ناحية والوعي بدوره الحيوي في بناء مكوّنات السنّة ذاتها من ناحية أخرى. ففي المستوى الأوّل كان اتجاه الأصوليين واضحاً في جعل العرف متطابقاً مع السنة التقريرية بإخراجه من صبغته الجماعية التي تولّدت من السياق والتاريخ، وإدماجه ضمن مفهوم الفردنة (Individualité) الذي أُسبغ على السنّة النبوية. وكان ذلك نتاجاً طبيعياً لمنطق الترتيب الهرمي لأدلة الأصول ولسيرورة الفكر الديني الذي يستند إلى مبدأ تقديس الشخصيات المؤسّسة، وهي من القوانين الكونية التي تختصّ بها الديانات الكبرى، ولاسيما التبشيرية منها.

أما المستوى الثاني، وتبعاً لتطوّر الرؤى الأصوليّة المتفاعلة مع تطور علم الكلام، فقد كان المنحى الأصولي في بناء الأدلّة على العقليات حافزاً لإدراك دور العرف في بناء الحديث وتكريس موثوقية النقل وصدق المحتوى سواء في المتواتر أم الآحاد. ولمفهوم قرائن الحال دور بارز في الإشارة إلى ما ينهض به العرف من دور في إثبات تلك الموثوقية التي يصدر عنها العلم القطعي، ومنها قطعيّة الحديث الذي يفرض نفسه مصدراً من مصادر التشريع الرسمية لا غنى عنها لدى كلّ فقيه. وكان لتوسيع دلالة العرف في ربطه بمعنى «موجبات العقول» (أو ما يوافق العقل) قيمة لا يستهان بها في تمييز كاذب الأحاديث من صادقها، ومنها تخليص مدونته من الموضوع والمشكوك. فغدا معياراً ثابتاً تقاس به كلّ عملية غربلة وتمحيص. وبهذا المعنى أصبح ينهض بدور غير مباشر في بناء مشروعية الأصل الثاني للتشريع عند الأصوليين.

ومن خلال المقارنة بين المستويين، ندرك أنّ العرف لم يكن ظاهرة مخترقة لهذا الأصل فحسب، بل كان مكوّناً ضرورياً وحتمياً له. فقواعده

العمليّة وجدت عبر السنة طريقاً لقابلية التطبيق. ومفهومه الكلامي كان عاملاً لإكسابها شروط الموثوقية العقلية التي بحث فيها الأصوليون.

- أنّ صلة العرف بالإجماع هي أكثر الصلات التباساً بين الأدلّة الأصولية. فإذا كانت مكانة الإجماع بين الأدلة قد نشأت من رؤية مضيقة منطلقها الإعلاء من قيمة الصحابة والتّابعين والتفافهم حول الرّسول وتأسيهم به، وما تولّد عنها من نصوص منسوبة إليه تشيد بذلك، فإنّ اللبس حصل في توظيف نصوص الحجية ذاتها، سواء في تأكيد حجية الإجماع أم في إثبات العرف. وقد برز ذلك منذ نهاية القرن الخامس/الحادي عشر مع السرخسي، ثم مع الرّازي، وصولاً إلى الشوكاني فيما بعد القرن الثامن/الرابع عشر. والواضح أن الوعي المتزايد بأهمية العرف في التشريع هو الذي أفرز هذا الموقف الذي غدا فيه الإجماع متداخلاً مع العرف في مستوى الحجية. إضافة إلى جذوره الرّاسخة في النّظام الثقافي للمجتمع، وعلاوة على أصوله الدّينية التي ترجع إلى مفهوم العمل المالكي منذ القرن الأول/السابع. على أنّ أبعاد العلاقة المتداخلة لا تتوقف عند هذا المستوى، بل تبرز في العلاقة الجدلية بينهما، وخصوصاً في دورهما المتفاعل في بناء أحدهما أسس الآخر. فالعرف، وفقاً للمفهوم الموسّع الذي نظّر له الجويني وقيّده بمبدأ اطّراد العادات، يقلّص من قيمة الإجماع القطعي، ويؤكّد طابعه الظنّي من جهة، ويعلي من قيمته مبدأ أخلاقياً ضرورياً يحتاج إليه المجتمع ويكرّس من خلاله سلطة العلماء عليه من جهة أخرى. ومنه تولّد لدى بقية الأصوليين ضرورة تمييزه عن العرف، بما أنّه إجماع مضيّق مشروط بأركان صارمة تقطع من خلالها إمكانيّة انسحاب الإجماع العرفي الواسع بين فئات المجتمع عليه. وعلى الرغم من المجهود الأصولي الذي عمل على الفصل بين الدّليلين، انطلاقاً من مبدأ التراتبية الضرورية للأدلة، فإنّ الواقع التاريخي العملي لم يخفِ دورَ الخلفيات السياسية في تعاضد الدّليليْن لتقديم رؤية لا للواقع السياسي فحسب، بل لمستقبل مؤسسة الخلافة التي أصبح من خلالها اللجوء

إلى المعايير العرفية أمراً حتمياً يُبرّر عبر سلطة الإجماع. فكان النّافذة التي فتحت عبرها لنفاذ الأعراف إلى أحكام الفقه في عدّة مستويات تتجاوز السياسي إلى الاجتماعي فالاقتصادي.

- أنّ القياس، وهو أهم صيغة تأويلية تفهمية داخل الفكر الأصولي، تمّ عبره تقديم مجمل الأفكار الجديدة المتصلة بكيفية استنباط الأحكام. وأنّه لمّا كان الحكم الظاهر العام حوله يذهب إلى تغييب العرف من أركانه وقضاياه ومسائله، فإنّ حضور الأمثلة العرفية في ركن الأصل، انطلاقاً من نصوص الحديث، تدلّ دلالة كافية على وجوده ضمن إشكاليّات القياس بوضوح. وطبيعي أن يكون ذلك كذلك، بما أنّ العرف وليد الواقع المتحرّك والمتغيّر، وبما أنّ القياس آلية لمواكبة كلّ تجدّد يطرأ على ذاك الواقع. ولهذا فإن أغلب النقاشات التي تعلّقت بالعرف تمّت في إطار هذا الدّليل، سواء في قياس القضية الطّارئة على أصل ذي جذور عرفيّة، أم في ارتباطه بمباحث العلّة. ويكشف هذا الالتقاء الضمني مدى اختراقه للدّليل الأصولي الرابع الذي لا يختلف دوره الجوهري عن دور العرف من حيث البحث عن إكساب الحكم الجديد لطابع المرونة في التعامل مع التغير الطارئ على الواقع الاجتماعي. ولأنّ غاية القياس هي تمديد حكم الأصل على الفرع والبحث عن مواءمة بين النصّ والواقع، فإنّ غاية العرف هي الاستجابة لحلّ ظرف طارئ أو مشكل يعقّد تطوّر المجتمع ونموّه. وبهذا المعنى فهما يشتركان في الغاية الاجتماعيّة. ولا عجب أن تعجّ مسائل القياس بالأمثلة العرفيّة التي حوّلها الأصوليون إلى أمثلة شرعية حفاظاً على سلطة النصّ خشية من تحوّل التشريع إلى اجتهاد العقل الإنساني مباشرة. ولا شكّ في أنّ مآل العلاقة بين الطرفين أفضى إلى ازدياد تبلور فكرة المصلحة دليلاً أصوليّاً خامساً يعمل على التوفيق بين فرضه النصّ وما تقتضيه الحاجة في الواقع.

لقد كان الموقف الأصولي العام طول المرحلة الكلاسيكية التي تشكّل فيها علم الأصول محافظاً على مبدأ التراتبية في المصادر انطلاقاً من القراءة

البيانية التي سعت إلى ربط الاجتهاد في الأحكام بمدى الوفاء لمنطوق النصّ وعموم دلالته. إلّا أن ذلك لم يمنع الأصوليين من التفطّن إلى قيمة العرف لا باعتباره مصدراً للتشريع، بل أداة حيوية تخترق جميع الأدلّة الكبرى وتسهم في تشكيل بنائها الدّاخلي ومختلف مسائلها الفرعية. وما كان ذلك ليتم لولا تغيّر المنهج الأصولي في رؤيته من منهج يستند إلى النّقل وحده إلى الاستبصار بالعقل والبرهان من خلال الانفتاح على العلوم الوافدة لفهم تلك الأدلّة. وهذا ما أدركنا مظاهره منذ لحظة البصري ثم الجويني حينما بنى علمه على معارف جديدة إضافية (مدارك العلوم) هي العقليات والعادات إضافة إلى السمعيات. وبدخول هذه المدارك إلى الحقل الأصولي نفهم كيف انتقل مفهوم العادة (العرف) من دعم فكرة التجويز والمعجزة على الصعيد الكلامي إلى بيان أهمية السياق وقرائن الحال واطراد العادات في بناء مسائل تلك الأدلّة عقليّاً ومنطقياً. وتلك هي أحد تجلّيات رؤية الأشاعرة التوفيقية في المعرفة بين السماع والعقليات والعادات التي فرضت نفسها نهائياً في القرن الخامس/الحادي عشر بعد أن أصبحت عقيدة الدولة. وبهذا المعنى أدّى تطوّر مفهوم العرف من صبغة الفقهية إلى دلالة كلاميّة موسعة إلى تحسّس الوعي بقيمته الأصولية في بناء مجمل الأدلّة الكبرى قبل أن يصبح دليلاً فرعيّاً قائماً بذاته في مراحل لاحقة.



الفصل الثّالث

العرف والأدلّة التبعيّة

مقدّمة:

مثّل القالب الأصولي، الذي أرساه الشافعي ووطّد دعائمه منذ تدوين رسالته، القاعدة الأساسية لكلّ الجهود التي لحقته، وكان الإجماع الحاصل على اعتبار الأدلّة الأربعة الأساسية أدلة أحكام من أهمّ أسس تلك القاعدة، وعُدّت مصادر تلك الأدلّة المباشرة، وهي النصّ القرآني والحديث والإجماع مصادر على سبيل القطع والقياس، مصدراً على السبيل على الظن(1). وقد آل

(1) يعرّف بعض الأصوليين الدّليل بأنّه ما يستفاد منه حكم شرعي عمليّ على سبيل القطع. وأمّا ما يستفاد منه حكم شرعي على سبيل الظنّ، فهو أمارة لا دليل، لكن المشهور في اصطلاح الأصوليين أنّ الدّليل هو ما يستفاد منه حكم شرعي مطلقاً سواء كان على سبيل القطع أم الظنّ، ولهذا قسّموا الدّليل إلى قطعي الدّلالة وظنيّ الدّلالة. ويستند غالبيتهم في ترتيبها التفاضلي إلى حديث معاذ بن جبل مع الرسول كما رواه أبو داود: «أنّ رسول اللّه ﷺ قال له لما أراد أن يبعثه إلى اليمن: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله؟ قال: أجتهد رأيي، قال: فضرب رسول الله ﷺ على صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله ﷺ لما يرضي رسول الله». المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي، لـ: ونسنك، ج5، ص416.

البحث في الأصل الرابع (وهو القياس) إلى التفطن إلى إشكاليات جديدة تتعلّق بالتشريع وكيفية التعامل مع الواقع المتغيّر وأحوال المجتمع المتبدّلة وما يطرأ عليه من تحوّلات. وأدرك عدد من الأصوليين أنّ هذا الدليل وحده لا يمكن له الإحاطة بكلّ المشكلات التي تطرح على الفقه والتشريع انطلاقاً من تسليمهم بأنه لا يمكن أن يؤدّي، بحال من الأحوال، إلى اليقين، بل يرتبط بظنّ المجتهد الذي يعمل على إصابة الحقّ دون أن يكون على بيّنة من إصابته[1] يُضاف إلى ذلك ارتباطه التّام بالنقل (النصّ) الذي عدّه الجويني متناهياً في ظلّ واقع لا يتناهى. وهي المفارقة التي دفعت الأصوليين إلى البحث عن إمكانية توسيع منظومة الأدلّة التشريعية خارج المصادر الأربعة المعترف بها رسمياً في انتظامها التراتبي المعروف: الكتاب، والسنّة، والإجماع والقياس. وهي الأدلّة العامة الجمليّة التي كانت تحتاج إلى أدلّة تفصيلية تكمّلها وتوسّع مجال عملها.

أثمرت نتائج هذا البحث بروز تباين في وجهات النظر حول الأدلّة الفرعيّة وعدم الإجماع حولها. وقد يرجع سبب ذلك إلى اختلاف الرؤى بين الأصوليين وتوزّع مواقفهم وفقاً لمنهجين سائدين في الأصول هما: منهج المتكلّمين ومنهج الفقهاء مثلما بيّناه سابقاً. وطبقاً لهذا الاختلاف قدّمت الشافعيّة الاستدلال دليلاً تفصيلياً بعد الأدلّة الجملية الأربعة. وعدّت المالكية المصلحة المرسلة دليلاً خامساً في مذهبها، بينما رأى أتباع المذهب الحنفي في الاستحسان دليلاً فرعياً من أدلّة الأصول التي عمل بها مؤسسو المذهب منذ نشأته.

وإجمالاً، أطلق الأصوليون على مجمل تلك الأدلة تسميات متعددة منها «الأدلة المختلف فيها» و«الأدلة الموهومة» و«الأدلّة التبعيّة» وغيرها[2]. وإنْ

---

(1) الشافعي، الرّسالة، ج3، ص476.

(2) أطلق الغزالي على هذه الأدلة تسمية الأصول الموهومة. وهي عنده: شرع من قبلنا =

عكست تلك التسميات منزلتها الثانويّة في الظّاهر، فإنّها انطوت في عمقها على حقيقة الإشكاليّات الفعليّة التي واجهت الفكر الأصولي. ويعود ذلك أساساً إلى أنّها قد نشأت فعلياً وتاريخياً قبل أدلّة الأحكام الكبرى. لكنّ المسار التأويلي، الذي اتخذه الفكر الأصولي منذ مرحلته التأسيسية مع الشافعي، جعل من النصّ الشرعي يتبوأ المكانة العليا، وما استتبعه من رفع قيمة الأدلّة المرتبطة به مثل السنّة والإجماع والقياس، باعتبارها المجال الموسّع لتأويله على قاعدة القراءة البيانية له.

وتبدو المفارقة هنا قائمة في طريقة ترتيب الأصوليين للأدلة التي ربطوا فيها تعاملهم مع الواقع، ومحاولة استيعابه في الامتثال للنص ووجوه بيانه وأشكال تأويله، على الرغم من أسبقيّة العمل بالمصلحة والعرف والاستحسان من قبل الفقهاء قبل نشأة العلم الأصولي. ومع ذلك، إنّ لجوءهم إلى الأدلّة التبعية كشف عن وجود حدود للأدلة الأربعة في التعامل مع القضايا المستجدة، ولاسيما مع تقييدها بضوابط أصولية وتأويلية كانت تكرّس البعد الإيماني أكثر من النزعة النفعية القائمة على ابتكار طابع المرونة في الأحكام والتشريع. وذاك ما سعوا إلى اكتشافه انطلاقاً من تلك الأدلّة الفرعية التي كانت تتضمن حضوراً مقنعاً للعرف ضمنها.

هذا ما سنعرض له في هذا الفصل انطلاقاً من إشكاليات التعامل مع هذه الأدلّة في حدّ ذاتها وفي تداخلها، ثم انطلاقاً من العلاقة الوطيدة التي انعقدت بينها وبين العرف وصولاً إلى رصد مدى التأثير المتبادل بيْن كليْهما، وآثار ذلك في مسار الفكر الأصولي وتطوّره.

= وقول الصحابي والاستحسان والاستصلاح. وأطلق آخرون تسمية الأدلة المختلف فيها مثل: القرافي والتفتازاني والزركشي، وأطلق المعاصرون تسميات أخرى مثل: الأصول الفرعية أو التكميلية أو التبعية. راجع: الغزالي، المستصفى، ج1، ص390. القرافي، شرح تنقيح الفصول، ج1، ص50. التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج1، ص38. الزركشي، البحر المحيط، ج8، ص5.

1- العرف بين الاستدلال والمصلحة:

على الرغم من الجهود التي بُذلت في سبيل توسيع آليّة القياس وضبط حدودها، أثبت الواقع عدم قدرتها على مواكبة تطور الواقع لتشعّب قضاياه وتعدد مشكلاته، على الرغم ممّا أدخله الأصوليون على مسالك التعليل من مرونة وتمطيط[1]. وبناء على ذلك كان مبحث التعليل باباً من الأبواب التي نفذ منها الأصوليون إلى الأدلّة التبعية مثل الاستدلال والمصلحة، وهما الدليلان المرتبطان عضوياً بهذا المبحث، والمتصلان بشكل وثيق بالإشكاليات الكلامية التي خاضها الأصوليون في مدوناتهم، وأهمّها «التنزيه» و«التحسين والتقبيح» و«أفعال الله والعباد».

ويقوم جوهر الإشكالية المطروحة على الجدل في إمكانية تعليل أحكام الشريعة، وهو جدل كلامي قبل أن يكون أصولياً وفقهياً. وإذا كان الفقهاء الأوائل هم الأسبق إلى طرح مفهوم التعليل بالحكمة في بعض أحكام الشريعة قبل ظهور المذاهب، فقد تبنى المعتزلة إثرهم هذا الطرح كلامياً انطلاقاً من نظريتهم الشهيرة في العدل الإلهي التي ترى أنّ الله لم يخلق الكون عبثاً، وإنّما لغاية صلاح الإنسان فيه. ولذلك فإنّ التكليف ليس اعتباطيّاً؛ بل هو عقد بين مكلَّف ومكلِّف، وأنّ الخالق لمّا كان عادلاً في تكليفه فإنّه لا يحاسب الناس إلا إذا كانوا مدركين بما كلّفهم به. وفي تكليفه ذاك لا يحمّلهم المشقة وما لا يطاق. وهذا هو جوهر مبدأ «الصلاح والأصلح»، وقد أكّدوا ضرورة وجوده بين الله والإنسان. وفي المقابل رفض الأشاعرة هذا الموقف انسجاماً مع مبدأ التنزيه الإلهي الذي ينادون به، معتبرين أنّ الله ﴿لَا يُسْئَلُ عَمَّا يَفْعَلُ﴾ [الأنبيَاء: 23] كما ورد في القرآن. إلا أنّ ذلك الرفض سرعان ما اصطدم بواقع

---

(1) عيّاد، الحبيب، مقاصد الشريعة في كتاب الموافقات للشاطبي (790هـ)، بحث مرقون في إطار شهادة الكفاءة في البحث، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، 9 نيسان/ أبريل، تونس، 1987م، ص35.

التشريع، وهو ما اضطرّهم إلى التراجع جزئياً والقبول بالتعليل في أصول الفقه، فرأوا أنّ المصالح في الشرائع هي تفضّل من الله، وليست واجبة عليه. وإذا كان المعتزلة يرون أن المصالح تدرك بالعقل، انطلاقاً من كون الحسن والقبح صفتيْن ملازمتيْن للأشياء قبل وجود الشّرائع، فإن الأشاعرة يرون أنّها تدرك بالشرع لا بالعقل، لأنّ الحسن ما حسّنه الله والقبيح كذلك. وقد ترتّب على هذا الموقف أنْ أصبحت العلة عندهم أمارة أو معنى في النصّ من جهة ومتصلة بفعل المكلّف لا بحكم الشّارع من جهة أخرى[1].

ووفقاً لهذه المقدّمات الكلاميّة في الأصول، وانطلاقاً من ظهور مبدأ التعليل بالحكمة لدى الفقهاء الأوائل قبل الخلاف المعتزلي الأشعري، تولّد اختلاف في الدليل الخامس بين مجمل الأصوليين، وخصوصاً بين الشافعية والمالكيّة. فآثر أتباع المذهب الأول السير في اتجاه الاعتراف بالاستدلال أصلاً خامساً بعد القياس بناء على مسلماتهم التي تقرّ بضرورة الاستدلال على الحكم الجديد من الشّرع أو غيره لغلبة الظنّ عليه. وسار أتباع المذهب الثاني نحو الاستصلاح أو المصالح المرسلة عملاً بما خلّفه مالك في اجتهاده من جواز الاستدلال بالمصلحة لترجيح الحكم. وبين الدّليلين ما يخفي الكثير من وجوه التشابه والتداخل بينهما، على الرغم من اختلاف المنطلقات النّظرية، وما ينطويان عليه من حضور للعرف أداة وآلية وحجّة على مشروعيتهما من جهة وعاملاً من العوامل التي شجّعت على تطوّرها أصوليّاً.

1-1- العرف والاستدلال:

مثّل تطوّر مفهوم الاستدلال حلقةً مهمّةً ومرحلةَ تحوّلٍ فارقة لا في علم الأصول فحسب؛ بل في مسار تطوّر مفهوم العرف الأصولي ذاته وصلته بسائر المصادر التشريعية الأخرى. وإذا كان للعرف دور أساسيّ في بناء الفقه

---

(1) للمزيد راجع: بن عامر، توفيق، منزلة أصول الدّين بين سائر العلوم الشرعيّة، المركز القومي البيداغوجي، تونس، 1998م.

المبكّر، فقد وُظف فيما بعد أداة تفسيريّة للنصوص، ولاسيما مع الإجماع والقياس دون أن يرتقي إلى مرتبة الدّليل المستقل المعترف به رسمياً. وقد وجدنا في جهود الأصوليين المتواصلة من أجل إرساء مبدأ الاستدلال ميلاً إلى ترسيخ العرف ولو بطريق غير مباشر باعتباره فرعاً من فروعه. ومن المهم في هذا المقام البحث في هذه العلاقة التي تبدو في ظاهرها غامضة وغير مدروسة على النّحو الكافي. وهو بحث ينهض حتماً على دراسة معنى الاستدلال والوقوف على كيفية تطوره مفهوماً ودليلاً في الحقل الأصولي، فماذا يعني؟ وكيف تطوّر؟

1-1-1- العرف وتطوّر مفهوم الاستدلال:

عكس مصطلح الاستدلال تأثّراً جليّاً لعلم أصول الفقه بعلم الكلام. فقبل أن يغدو اصطلاحاً أصولياً كانت نشأته كلاميّاً نابعةً من تحاشي المتكلّمين استعمال عبارة «القياس» لاعتباريْن: أحدهما ديني والثّاني معرفي. فمن النّاحية الدّينيّة تجنّب المتكلّمون استعمال كلمة «قياس»؛ لأنّها تفيد التشبيه، فلمّا كان الغائب هو الله و«الشاهد» هو الإنسان أو الطبيعة، فإنّ عبارة «قياس الغائب على الشاهد» ستصبح موازية لعبارة تشبيه الله بالإنسان، وهذا ما لا يقبلونه باعتبار لأنّ غاية علم الكلام هي إثبات التنزيه الإلهي. أمّا من الناحية المعرفية فإنّهم يسمّون منهجهم استدلالاً لأنّهم ينطلقون فيه من الدّليل الذي يُعدّ عندهم «المرشد إلى معرفة الغائب عن الحواس وما لا يعرف باضطرار». وهو الذي ينصب من الأمارات ويورد من الإيماء والإشارات ما يمكن التوصّل به إلى «معرفة ما غاب عن الضرورة والحس» مثلما يقول الباقلاني (ت 403هـ/ 1013م)[1]. والنّظر في الدّليل الذي هو «أمارة» للتوصّل منه إلى المدلول الغائب عن الحسّ يُسمّى عندهم بـ«الاعتبار»، وهم يربطون بينه وبين قوله تعالى: ﴿فَٱعْتَبِرُوا۟ يَـٰٓأُو۟لِى ٱلْأَبْصَـٰرِ﴾ [الحشر: 2]. ويجعلون النّظر في

(1) الباقلاني، التمهيد، ص13-14.

الدّليل؛ أي في الشّاهد (=العالم) من أجل التوصّل إلى معرفة الله واجباً على الإنسان[1].

وعرَف المصطلح في علم الأصول مرحلتين من التطوّر، مثّل فيها الجويني مرحلة فاصلة بينهما، إذ استُعمل قبله في معنيْين: الأول لغوي يعني طلب الدليل مطلقاً من نصّ أو إجماع أو قياس. وهو معنى ارتبط بمجهود الفقهاء في البحث عن استدلال من هذه الأدلة للإجابة عن الحكم المقصود[2]. وهذا ما جعله يكتسي دلالة تتعلّق بمنهجية عمل الفقيه أصولياً بما يعني ذلك من تحوّل تاريخ مفهوم الاستدلال إلى تاريخ علم الأصول في حدّ ذاته. واستُعمل الثاني مرادفاً لمعنى للقياس. أمّا مرحلة الجويني ولاحقيه فقد تحوّل المفهوم إلى باب مستقل من أبواب العلم. وعُدّ إمام الحرميْن أوّل من أفرد هذا المصطلح بمعالجة علمية وأصولية دقيقة وميّزه عن غيره، فجعله باباً مستقلاً من أبواب الأصول وعرّفه بأنّه «معنى مشعر بالحكم مناسب له فيما يقتضيه الفكر العقلي من غير وجدان أصل متفق عليه، والتعليل المنصوب جار فيه»[3]. ويعني هذا التعريف أنّ مجهود الفقيه لا ينبغي أن يقتصر على ما تشير إليه النّصوص وما يوجد في المصادر النقليّة فحسب، بل ينبغي أن يسعى إلى تجريد المعاني من هذه المصادر، وأن تكون تلك المعاني قواعد صالحة للأحكام. وبناء عليه، إذا كان حضور القضية الأصليّة أساسياً في القياس، فإنها في الاستدلال غير ضرورية، ودور الفقيه في هذا الإطار منحصر في السعي إلى إسناد الحكم إلى المعاني الكليّة للأصول الثابتة.

ويرد دور العرف في تطوير مفهوم الاستدلال من خلال توظيف الجويني

---

(1) الجابري، بنية العقل العربي، ص143.
(2) الكفراوي، أسعد، الاستدلال عند الأصوليين، دار السلام، القاهرة، ط1، 2002م، ص105.
(3) الجويني، البرهان، ج2، ص1113.

لمعناه الكلامي العقلي في البرهنة على وجوبه وصحته دليلاً من أدلّة الأصول. وقد تمّ ذلك من خلال استقراء مواقف السّابقين المتراوحة بين الرفض والقبول، فلئن استدلّ الرافضون بعدم شهادة النقل على صحّة الاستدلال اعتباراً إلى انحصار المعاني في ما ضبطه الشرع، وهو الرأي الذي اشتهر به الباقلاني (ت 402هـ/ 1013م) على وجه الخصوص، فإن المؤيّدين دعموا العمل بالاستدلال في إثبات المصالح البعيدة عن المصالح المألوفة والمعروفة في الشريعة دون أصل[1]. وقد ورد موقف الجويني توفيقياً بينهما باستناد هذا الدّليل إلى المعاني الكلّية بدل المعاني الجزئية في الشرع. وهي لا تعرف بدليل واحد بل بأدلة كثيرة لا حصر لها، منها الكتاب والسنّة والإجماع، ومنها قرائن الأحوال باعتبارها أحد مظاهر العادة في الوجود بما تعنيه من استحضار لمفهوم السياق. ويقدّم في سبيل ذلك برهنة منطقية قوامها أنّه لما كان الواقع لا يخلو من واقعة تخلو عن حكم الله تعالى، وهو مقطوع به وفقاً لرأي الشافعي، فإنّ واقع الأئمة السابقين لم يخلُ، على كثرة المسائل وازدحام الأقضية والفتاوى، عن حكم لله تعالى. وبناء عليه فإنّ ما هو مقطوع به، أخذاً عن مقتضى العادة، أنّهم استرسلوا في بناء الأحكام استرسالاً واثقاً فكانوا يفتون فتوى من تنقسم الوقائع عنده إلى ما يعرى من حكم الله وإلى ما يعرى منه[2]وهكذا، إن مجمل الموقف الذي يلخّص رأي الجويني هو أنّ الاستدلال جائز طالما قامت فيه الأحكام على المعاني الكليّة المستنبطة من مجمل الأصول الشرعيّة، وأنّ ما لا يستند إلى ذلك ويكون قائماً على مجرّد الرأي دون وجود نصّ جزئي خاص -وهو موقف مالك- فهو مرفوض لديه لما يمثله من خطر على الشريعة[3].

(1) الكفراوي، الاستدلال عند الأصوليين، ص110-114.
(2) الجويني، البرهان، ج2، ص1116.
(3) الكفراوي، الاستدلال عند الأصوليين، ص114.

ولئن اعتمد الجويني على مفهوم المصلحة في سبيل الاحتجاج بصواب الاستدلال ومشروعيته في الأصول، فإنّه لم يكن يعني الترادف والتساوي بينهما، بل كان يرفض موقف المالكية ممن اعتمدوا المصلحة دليلاً مستقلاً. ولهذا السبب حاول أن يميّز بينهما باعتبار أنّ الأوّل مستنده المعاني الكلية في الشرع. أمّا الثاني فمسترسل يستند إلى المعاني الجزئية وآحاد النصوص والرأي. وخلافاً لما ذهب إليه الزركشي[1]، فإنّ الجويني يقرّ بإمكانية بناء الحكم على المصلحة في غياب أي دليل نقلي، شرط أن تكون قائمة على المصالح المعتبرة وفاقاً، والمستندة إلى أحكام ثابتة الأصول قارّة في الشريعة[2]. ومستند هذا الرّأي مبني على مقدمتيْن هما: أحكام النّصوص منتهية والوقائع غير منتهية. وبهذا الفهم تغدو الشريعة إطاراً للأحكام وليست مدوّنة من النّصوص الجاهزة[3].

وقد يكون تطوّر مفهوم الاستدلال على صلة وثيقة بتطوّر مفهوم العرف. فإلى جانب ما أبرزه الجويني من دور غير المنصوص عليه في جزئيات الشرع مثل المعاني الكليّة المستنبطة من مجمل الأصول الشرعية[4]، أو المعنى الكلّي المطّرد المناسب للحكم مثلما عبّر عنه الغزالي[5]، فإنّ تعريفه شهد

(1) جعل الزركشي المصلحة مساوية للاستدلال ومرادفة لها. راجع: البحر المحيط في أصول الفقه، ج4، ص377.

(2) الجويني، البرهان، ج2، ص1114.

(3) «لو انحصرت مآخذ الأحكام في المنصوصات والمعاني المستثارة منها لما اتسع باب الاجتهاد فإن المنصوصات ومعانيها المعزوة إليها لا تقع من متسع الشريعة غرفة من بحر ولو لم يتمسك الماضون بمعان في وقائع لم يعهدوا أمثالها لكان [وقوفهم عن] الحكم يزيد على جريانهم وهذا [إذا] صادف تقريراً لم يبق لمنكري الاستدلال مضطرباً»، الجويني، (م.ن)، ج2، ص1116-1117.

(4) (م.ن)، ج2، ص1131.

(5) الغزالي: "المنخول"، تحقيق: محمد حسن هيتو، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر، دمشق، ط3، 1998م، ج1، ص465.

نقلة كبرى مع الآمدي مفصّلاً ما جاء مجملاً عند سابقيه، فعرّفه بأنّه: «عبارة عن الدّليل الذي لا يكون نصّاً ولا إجماعاً ولا قياساً»(1)، جاعلاً منه دليلاً شرعياً مثل سائر الأدلّة. ومن ثمّ يغدو خامسها في الترتيب بعد الكتاب والسنة والإجماع والقياس. وبتطوّر هذا المفهوم يغدو الاستدلال -وقد استقام دليلاً- متضمّناً لأدلّة جزئية أخرى ثانوية فيه ومكوّنة لبعض أقسامه الرّئيسة، وأهمّها العرف، فكيف يبدو ذلك؟

1-1-2- العرف بين أقسام الاستدلال:

من المظاهر التي عكست تطوّر مفهوم الاستدلال في علم الأصول البحثُ عن أقسامه في صلتها باستنباط الحكم الشرعي. ومنذ تشكّل الإرهاصات الأولى للوعي به دليلاً مستقلاً عن القياس(2)، بدأ التوسّع فيه من خلال تقسيمه إلى أنواع متنوعة بحسب طبيعة الدّليل. وقد وجدنا لدى متقدّمي الأصوليين مثل الكرخي (ت 340هـ/ 952م) وتلامذته نزوعاً إلى عدم تقييد الاستدلال بأصل محدّد. فمن خلال الأمثلة المقدّمة لديهم ضمن تلك المدونات كان يوجد اتجاه عام إلى أنّ الاستدلال يتخذ أشكالاً متعدّدة. فمنها الاستدلال بالأصول ومنها الاستدلال بغيره(3). ويلحظ ضمن هذه الأقسام الدّور المنوط بالعرف دليلاً من أدلّة الاستدلال على الحكم في عمليّة

---

(1) الآمدي: «الإحكام»، ج4، ص145.

(2) يشير الكفراوي إلى هذه الإرهاصات التي بدأت مع متقدّمي الأصوليين مثل أبي الحسين البصري وأبي القاسم الكرخي وتلامذته كأبي بكر الجصّاص وأبي الوليد الباجي، راجع: الكفراوي: «الاستدلال عند الأصوليين»، ص75-78.

(3) يُراجع في هذا السيّاق ما عرضه الكفراوي من أمثلة صنفها الأصوليون في الاستدلال بالأصول مثل الاستدلال على نجاسة سؤر الكلب بحديث الرّسول عن غسل الإناء من ولوغه، ونجاسة المني بخبر الرسول عن نقضه للوضوء، وعن إباحة نكاح الأمة الكتابية بإباحة وطئها بملك اليمين مثل الأمة المسلمة، وأمثلة صنفوها في الاستدلال بغير الأصول مثل انكشاف ربع ساق المرأة في الصلاة مبطل لها، لأن حكم الربع هو حكم الكلّ على ما ذهب إليه أبو حنيفة. راجع: الكفراوي، (م.ن)، ص80-85.

الاستنباط. وقد رصدنا بعض الأقسام المتصلة به لدى البصري والآمدي والزركشي والسبكي وابن الحاجب على وجه الخصوص، ويمكن حصرها في أصناف ثلاثة هي: الاستدلال بالحقيقة العرفية في الخطاب والاستدلال بالاستصحاب، دون أن نتجاهل قسماً ثالثاً هو الاستدلال بشرع من قبلنا. والجدير بالذكر أنّ الصنف الأوّل خصصنا له فصلاً مستقلاً ضمن هذا الباب، وتبيّنا من خلاله أنّه جزء من الاستدلال بدليل شرعي مثلما ذهب إلى ذلك البصري حينما كشف عن دور القرينة العرفية في الخطاب من خلال مبدأ التبادر الذي يستدل فيه على المعنى بما يسبق إلى الفهم من لفظه أو تركيبه[1]. ويظل الصنفان المتبقيان ممّا يجسّد مظهراً من مظاهر الاستدلال بما هو خارج الأدلّة الشرعية، فكيف نظّر لهما الأصوليون؟ وما دور العرف فيهما؟

1-1-2-1- الاستدلال بالاستصحاب:

كان ابن حزم (ت456 هـ/ 1045م) أوّل من أدرج الاستصحاب ضمن أصناف الاستدلال وأقسامه في سياق حديثه عن معنى الدّليل الذي وزّعه إلى قسمين: دليل مأخوذ من النصّ، ودليل مأخوذ من الإجماع. فقد اندرج فرعاً من فروع القسم الثاني إضافة إلى: أقلّ ما قيل، والإجماع على ترك قولة ما، والإجماع على أنّ حكم المسألتيْن سواء[2]، وألحقه كلّ من الجويني والآمدي ضمن دليل الاستدلال باعتباره خامس الأدلّة لديهما[3].

وقد توصّل الأصوليون إلى دمج الاستدلال بالاستصحاب ضمن أقسام الاستدلال بعد أن تطوّر المفهوم في حدّ ذاته مع الآمدي على وجه الخصوص، وهو الذي عرفه بأنّه «عبارة عن دليل لا يكون نصاً ولا إجماعاً ولا قياساً»[4].

---

(1) راجع الفصل الأول من هذا الباب. ومن المفيد تبيّن ما وضّحه البصري في هذا السياق: المعتمد، ج2، ص907-912.

(2) ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، القاهرة، ج5، ص106.

(3) الجويني، البرهان، ج2، ص1135. الآمدي، الإحكام، ج4، ص155.

(4) الآمدي: «الإحكام»، ج4، ص145.

وتجاوز ابن الحاجب (ت 646هـ/ 1249م) ذلك صراحة ليتحدّث عن الاستدلال بعيداً عن الأدلّة الكبرى فهو لديه «يطلق على ذكر الدّليل ويطلق على نوع خاصّ، وهو المقصود، فقيل: ما ليس بنصّ، ولا إجماع، ولا قياس، وقيل: لا قياس علّة»[1]. وتمخّض عن ذلك تفريعه إلى ثلاثة أنواع هي: «تلازم بين حكمين واستصحاب وشرع من قبلنا»[2]. وذهب السُّبكي (ت 771هـ/ 1370م) إلى أبعد من ذلك حين وسّع تعريف الجويني معتبراً أنّ الاختلاف بين الفقهاء حول المصدر التكميلي الخامس ليس إلا من باب اختلاف في الاسم، فالاستدلال عند الشافعي هو الاستصحاب، بينما عند الأحناف هو الاستحسان، وعند المالكية المصالح المرسلة. وبناء عليه إنّ الفقهاء يستندون إلى العمل نفسه لبناء حكم على قاعدة أصل مغاير للأدلة الأصلية الأربعة[3].

ويحمل الاستصحاب عموماً معنى التمسك بالأصل عند عدم ما يوجب خلافه[4]. وفي هذا المعنى ما له علاقة بدلالة العرف في معنييْه الكلامي/ النّظري والفقهي/ الاجتماعي. وهذا ما ورد على لسان الرّازي في محصوله؛ إذ عدّه في مقدمة أولى ضرورياً في الدّين والشّرع والعرف، ثم رأى أنّه يتصل صلة وثيقة بمفهوم العادة وخرقها؛ أي بتقرير المعجزة وهو جوهر تقرير الدّين في الكون عنده[5]. وبهذا المعنى إنّ الاستصحاب متضمّن لمعنى العادة، أما

(1) السُّبكي: «رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب»، ج4، ص480.

(2) السُّبكي، (م.ن)، ج4، ص482.

(3) (م.ن)،.

(4) يرد تعريف الجويني له في سياق هذا القول: «وإن تقدم يقين وطرأ شك وليس لما فيه علامة جلية ولا خفية، فعند ذلك تأسيس الشرع على التعلق بحكم ما تقدم وهذا نوع من الاستصحاب صحيح وسببه ارتفاع العلامات، وليس هذا من فنون الأدلة ولكنه أصل ثابت في الشريعة مدلول عليه بالإجماع»، «البرهان»، ج2، ص1140.

(5) «أما في الدين فلأنه لا يتم الدين إلا بالاعتراف بالنبوة ولا سبيل إليه إلا بواسطة المعجزة ولا معنى للمعجزة إلا فعل خارق للعادة، ولا يحصل فعل خارق للعادة إلا عند تقرر العادة، ولا معنى للعادة إلا أن العلم بوقوعه على وجه مخصوص في =

الصلة الثانية فتبرز في الشرع مع مفهوم سياق الحال فهو التمسك بالمتيقن الثابت في الحال إذا حدث شكّ في المزيل والنّاسخ[1]. ويرد المستوى الثالث في علاقة مباشرة بالعرف وفيه اعتراف بضرورة ما يسميه بـ «الاستصحاب بالعرف» الذي يوجبه ظن دوامه في المستقبل[2].

وإذا كان كلّ من الآمدي وابن الحاجب (ت 681هـ/ 1282م) قد تعاملا مع الاستصحاب باعتباره فرعاً من الاستدلال[3]، فإنّ الطوفي (ت 716هـ/ 1316م)، وفي معرض تعليقه على نص ابن قدامة، يجعله مصدراً من المصادر الأصليّة إلى جانب القرآن والسنّة والإجماع[4]. ويُعدُّ أنموذج الطوفي مهمّاً إلى أبعد الحدود في هذا المستوى من البحث، لأنّ إحدى الحجتيْن التي قدّمها لصالح الاستصحاب دليلاً أصلياً قد قامت على استحضار واضح وجليّ للعرف في مضمونه الكلامي ألا وهو العادة، فهذا الدّليل لديه من لوازم بعثة الرّسل، ومن تلك اللوازم الرسالة التي لا تثبت إلا بعد ظهور المعجِز وهو الأمر الخارق للعادة. ولما كانت العادة هي اطّراد وقوع الشيء دائماً مثل دوران الشمس والنجوم في أفلاكها وطلوعها من

= الحال يقتضي اعتقاد أنه لو وقع لما وقع إلا على ذلك الوجه وهذا عين الاستصحاب» الرّازي: «المحصول»، ج6، ص120.

(1) الرّازي، (م.ن)، ج6، ص121.

(2) يوضحه هذا القول: «وأما العرف فلأن من خرج من داره وترك أولاده فيها على حالة مخصوصة كان اعتقاده لبقائهم على تلك الحالة التي تركتهم عليها راجحاً على اعتقاده لتغير تلك الحالة، ومن غاب عن بلده فإنه يكتب إلى أحبابه وأصدقائه عادة في الأمور التي كانت موجودة حال حضوره، وما ذاك إلا لأن اعتقاده في بقاء تلك الأمور راجح على اعتقاده في تغيرها، بل لو تأملنا لقطعنا بأن أكثر مصالح العالم ومعاملات الخلق مبني على القول بالاستصحاب فرع من قال النافي لا دليل عليه إن أراد أن العلم بذلك العدم الأصلي يوجب ظن دوامه في المستقبل فهذا حق كما بيناه». الرّازي، (م.ن).

(3) الآمدي، الإحكام، ج4، ص155. والسُّبكي، رفع الحاجب، ج4، ص482.

(4) الطوفي، شرح مختصر الرّوضة، ج2، ص5، ج3، ص147.

المشرق وغروبها من المغرب، فإنّ دليل النبوّة هو انخراق العادة المطّردة على يد النبي. ولمّا كان انخراق العوائد حجّة الأنبياء فإنّ ذلك يدلّ على أنّ استصحاب الحال حجّة[1].

ووفقاً لما ذكره كلّ من الرّازي والطّوفي عن الاستدلال بالاستصحاب في صلته بالبعد الكلامي والفقهي لمفهوم العرف، يمكن أن نجزم بهذه الصلة الوثيقة بينهما التي تعكس إجمالاً رؤية عقدية لا تحجب الرّؤية الإيديولوجية فيها. فالبعد الفقهي الاجتماعي إنما هو انبثاق عن البعد الكلامي النّظري. وتقرير العادة على مستوى العقيدة (الدّين) يقابله الاعتراف بسلطة العرف على الصعيد الاجتماعي الفقهي (الشّرع والعرف). ويظهر جليّاً أنّ معنى الاستصحاب يتضمّن -دون شك- مبدأ مراعاة العرف في التشريع دون الإعلان عن ذلك صراحة لأسباب تتعلّق بتأويل ديني ورؤية إيديولوجية تقوم على الخشية من تحوّل الإنسان مشرّعاً خارج أطر المؤسسة الدّينية.

إنّ اندراج البعد الكلامي (العقلي) لعلاقة العرف بالاستصحاب قد وسّع تدريجياً التعامل مع الدّليلين إلى أن أصبح معترفاً بهما بشكل مستقل كلّ على حدة. وما كان لهذا التطوّر أنْ يحصل لولا الجدل الذي رافق حديث الأصوليين حوله خصوصاً في القرن السابع/الثالث عشر مع ابن الحاجب، ثم القرافي (المالكي) الذي تدرّج نحو الاعتراف به مصدراً ثانوياً أثناء تعرّضه لأنواع الأدلّة وتصنيفها حين أدرجه فيما أسماه أدلّة المشروعية أولاً (وهي التي تضمّ المصادر الرّئيسة الأربعة)، وفي أدلّة الوقوع ثانياً (وهي التي يحضر

---

(1) ويضيف: «لأننا نقول: قد عهدنا في اطراد العادة أن الشمس تطلع كل يوم من المشرق، والأصل بقاء ذلك على ما كان، فهي في هذا اليوم تطلع من المشرق، ونجزم بهذا جزماً عادياً، فإذا امتنع طلوعها من المشرق في هذا اليوم، عقيب دعوى المدعي للنبوة، حكمنا بكونه معجزاً، خارقاً للعادة، فلو لم يكن الأصل بقاء ما كان على ما كان لما كان ذلك معجزاً، لجواز تغير العادة كما سبق». الطّوفي، شرح مختصر الرّوضة، ج3، ص151.

فيها بشكل بارز مبدأ معياري ودليل سياقي يستعمل في التحقّق من وقوع الحدث لتيسير استنباط الحكم حوله)[1]. وقد مهّد بذلك السبيل بعده لابن جُزي (ت 741هـ/ 1356م) لضم العرف دليلاً من ضمن الأدلّة التي قسمها إلى ثلاثة أصناف[2]. ومن الطبيعي أن يفصّل الزركشي إثرهما الحديث عن الاستصحاب إلى ستة أنواع بعد أن عرض لمختلف المقدمات والتعريفات التي حامت حول مفهوم الاستدلال ذاته[3]. وهذا دليل على اكتساب طابع المرونة في تعامل الأصوليين مع هذه الأدلّة التبعية من جهة، وعن حضور الوعي لديهم بأهمية العرف وقيمته في كل التغييرات والتعديلات التي أدخلوها على تلك الأدلّة، ولاسيما الاستصحاب الذي تغيّر وضعه بين المذاهب من دليل تابع إلى دليل مستقل.

ولا يتوقف حضور العرف عند هذين القسمين فحسب من الاستدلال، بل يشتمل على قسم آخر ضمنه المتأخرون فيه وهو الاستدلال بـ«شرع من قبلنا». فماذا يعني ذلك؟ وما أوجه الصلات بينه وبين العرف؟ وما دلالتها؟

1-1-2-2- الاستدلال بـ«شرع من قبلنا»:

رأى بعض الأصوليين أنّ شرع من قبلنا هو القسم الثالث من الاستدلال. وعلى الرغم من الجدل الذي أثير حوله بين معارض ومؤيّد له، كما أشار الآمدي إلى ذلك[4]، فقد رفضه الشافعي دليلاً مباشراً انطلاقاً من أنّ

---

(1) القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص445-454.

(2) أحصى ابن جُزي عشرين مصدراً وزّعها إلى ثلاثة أنواع: نص، ونقل مذهب، واستنباط. تضمن الأول القرآن والسنة، والثاني الإجماع، والثالث بقية المصادر بما فيها العرف (العوائد). راجع: ابن جزي، أبو القاسم محمّد، تقريب الوصول إلى علم الأصول، تحقيق المختار بن الشيخ محمد الأمين الشنقيطي، المدينة المنوّرة، ط2، 2002م، ص265-267.

(3) الزركشي، البحر المحيط، ج4، ص327.

(4) الآمدي، الإحكام، ج4، ص169.

الصحابة كانوا يتردّدون في الحوادث بين الكتاب والسنّة والاجتهاد، ولا يرجعون إلى الكتب المنزّلة على الأنبياء المتقدّمين[1]. وعدّه الغزالي من الأصول الموهومة معلّلاً ذلك بالجواز العقلي والسمعي[2]. وعلى الرغم من إثارته لخلفيات هذا الخلاف القائم بين الأصوليين حوله من رافضٍ للقول به تنزيهاً لكمال الرّسالة المحمّدية، ومقرٍّ له اعتماداً على توافر العلامات الدالّة عليه في الرّسالة؛ فإنّ ما يهمّنا هو الصلة الواضحة بين هذا القسم والعرف، وهي صلة تتجلّى فيما خصه الأصوليون من حديث حوله، ولاسيما جدوى الاستدلال به سواء في الأحكام الموجودة سلفاً في الكتاب أم الأحكام التي يراد استنباطها وبيان كيفية الاستدلال عليها. ومنها استدلال الشافعي على رجم الذمّي قياساً إلى رجم الرّسول ليهوديّيْن زنيا عملاً بحكم التوراة، وهو ما اتُّخِذ حجة لدى الشيرازي في العمل به دليلاً من أدلّة الأصول في التشريع[3]. وكذلك الاستدلال في إيجاب القصاص في الطرف بين الرّجل والمرأة بأنه استمساك بـ«شرع من قبلنا»[4].

(1) الزنجاني، شهاب الدّين (ت 656هـ/ 1258م)، تخريج الفروع على الأصول، تحقيق محمّد أديب صالح، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط2، 1978م، ص369.

(2) برّر ذلك بأنّ الله يتعبّد عباده بما شاء من شريعة سابقة أو مستأنفة أولاً، وأنّ شرعنا ليس «ناسخاً لجميع الشرائع بالكليّة فهو لم ينسخ وجوب الإيمان وتحريم الزّنا والسرقة والقتل والكفر، وأنّ الرسول حرّم هذه المحظورات بخطاب مستأنف أو بالخطاب الذي نزل إلى غيره وتعبّد باستدامته، ولم ينزل عليه الخطاب إلا بما خالف شرعهم». الغزالي، المستصفى، ج1، ص393.

(3) الشيرازي، أبو إسحاق، المعونة في الجدل، تحقيق علي عبد العزيز العمريني، جمعيّة التراث، الكويت، ط1، 1987م، ص64.

(4) «كاستدلال الشافعي أو الحنبلي في إيجاب القصاص في الطرف بين الرجل والمرأة بقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌۚ﴾ [المَائدة: 45]. فيقول الحنفي: هذا راجع إلى حكم التوراة؛ لأنه قال: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ﴾ [المَائدة: 45]... وقوله: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌۚ﴾ [المَائدة: 45]، وقد نسخت التوراة بالقرآن، وشريعة موسى بشرع محمد صلى الله عليهما. فيجيب الشافعي: بأن شرع من قبلنا شرع لنا نتمسك به، وندل =

وعلى الرغم من رفض الجمهور الواسع من الشافعية مطابقة الاستدلال بالمصلحة إلى حدود القرن الخامس، فقد وقعت إجازة استعمال الاستدلال بـ«شرع من قبلنا» فيما بعد وسيلة لإدراج أعراف كان يقتضيها وضع المجتمع، ومنهم الزركشي أحد أصوليي القرن الثامن في كتابه (**البحر المحيط في أصول الفقه**)، حين أجاز «الجعالة»[1] انطلاقاً من استدلاله عليها في الآية ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾ [يُوسُف: 72]، وهي تحيل على بعض ما شرعه النبي يوسف بين قومه، وقد استعمل سياق الآية ذاته للاستدلال على شرعية «الضمان»[2]. وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ أكثر كتب المذهب الحنبلي تستدلّ على شرعية هذه الأعراف عملاً بمبدأ «شرع ما قبلنا شرع لنا» مثل الزركشي[3].

ويستدل آخرون بـ«شرع من قبلنا» على أعراف لم تنسخها الشريعة، مثل الإجارة التي تنسب إلى قصة النبي شعيب مع موسى؛ إذ يبرّر القرافي شرعيته

= على ذلك بأدلتنا في تلك المسألة -وسنذكرها في مسائل الخلاف إن شاء الله- وعمدتنا: أن شريعة من قبلنا شرع ثابت بدلالة مرضية، فلا نعدل عنها، ولا نحكم برفع أحكامها إلا بصريح نسخ، فأما بنفس شريعة تحتمل التقرير للكل، وتحتمل نسخ البعض وتبقية البعض، فلا وجه لإزالة الأحكام الثابتة بالاحتمال». البغدادي، ابن عقيل (ت 513هـ/ 1119م)، الواضح في أصول الفقه، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، ط1، 1999م، ج2، ص136.

(1) الجِّعالة (بكسر الجيم وتضعيفها)، وهي تعني ما يُعطى الإنسان على أمر يفعله ويجعله جعلاً، وهي وفقاً لابن عرفة: عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشئ عن محلّه به لا يجب إلا بتمامه أي تتضمن الوعد بعطاء محدّد مقابل القيام بعمل معيّن. راجع: عبد المنعم، محمود عبد الرحمن، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهيّة، دار الفضيلة، (د.ت)، ج1، ص531.

(2) الزّركشي، البحر المحيط، ج8، ص44.

(3) ولي قوته، عادل بن عبد القادر، العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، ص645-651. والسلمي، عياض، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، الدّار التدمريّة، الرّياض، ط1، 2005م، ص191.

في الإسلام انطلاقاً من قصص الأنبياء وعدم وجود ناسخ لها في القرآن[1]. ويرجع الزركشي إجازة «المهايأة»[2] لدى الفقهاء إلى الاستدلال بقصة النبي صالح وقومه في شرب النّاقة[3]. وتُعدُّ إجازة العديد من مسائل الأطعمة، ولاسيما مع الشافعي، أشهر الأمثلة على اعتراف الفقهاء والأصوليين بالاستدلال بوساطة هذا المبدأ[4]ومنها ما حُلّل من ذبائح بني إسرائيل وأهل الكتاب طالما لم ينسخها القرآن كتحريم الخمر، وأكل لحم الخنزير، وما حُرّم عليهم حرام على المسلمين[5].

ولا مراء في أنّ الأمثلة، التي استدل بها الأصوليون على شرع من قبلنا، مأخوذة في الغالب الأعم من التراث اليهودي العبراني، ومن قصص أنبيائهم. وهذا الاستدلال إن أظهر على المستوى الأصولي حضور العرف اللافت للنّظر في صورته التاريخية العتيقة ضمن دليل الاستدلال ذاته باعتباره أبرز أدلّة الشافعيين التبعية؛ فإنّه عبّر، من جهة أخرى، عن اعترافهم الضمني بتنوّع مصادر الفقه الإسلامي. وهو تنوّع ناشئ أساساً من طبيعة ثقافة المشافهة السّائدة وما يمكن أن تفرزه من حلقات فراغ تُملأ عمليّاً بوساطة الإرث التشريعي المتوارث عن الأمم السابقة. وطبيعي أن يثمر ذلك علاقة تفاعل بين التجارب التشريعية اللاحقة والسّابقة. وعليه، من شأن هذا النوع من

(1) «وأما الإجارة فيما حكى الله تعالى عن نبيه شعيب مع موسى -عليهما الصلاة والسلام-: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القَصَص: 27]، فإنها وإن قلنا إن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ، ولم يرد هنا ناسخ، إلا أنها إجارة عين أجلها، وسمى عوضها، وهو عقده على إحدى ابنتيه». القرافي، الفروق، ج4، ص11.

(2) وهي قسمة المنافع بالتناوب بحسب مدّة معلومة. راجع: السلمي، عياض، أصول الفقه، ص136.

(3) الزركشي، البحر المحيط، ج4، ص349.

(4) البحر المحيط، ج4، ص349-350.

(5) الشافعي، الأم، ج2، ص266.

الاستدلال أن يفضي بنا إلى نتائج تعكس جملة من القيم الحضارية يمكن تلخيصها كما يأتي:

- أولاً: أنّ هذا المورد اليهودي، الذي عبّر عنه الأصوليون بمصطلح «شرع من قبلنا»، يؤكّد ما توصلنا إليه من النّاحية النّظرية والتّاريخية إلى ما يمكن أن تعكسه التشريعات الدينية في علاقتها بالعرف من قيم كونية وثقافية هي علاقة «الدّيْن» بين الخلف والسّلف في الكينونة البشرية، وصلة القداسة التي تجمع الأحفاد بتراث الأسلاف من الشعوب السّاميّة (أنبياء بني إسرائيل)[1]. وإنْ وردت صورة هذه العلاقة في الإسلام قائمة على مقولة النسخ الملخّصة لمعنى الكمال والتمام في الرّسالة المحمّدية، فقد عكست الاعتراف الصريح بتضمّن تلك الرّسالة شرائعَ السّابقين، وبرهنت على التكامل بين العقائدي والتشريعي فيها؛ لأنّ التصديق بالرسل السّابقين يقتضي الإيمان بشرائعهم بما فيها الأعراف التي تبناها الإسلام لاحقاً.

- ثانياً: شرع من قبلنا إنْ كان مبدأ أصولياً تبعياً يستدلّ به الفقهاء على الأحكام المستنبطة، فإنّه يعكس رؤية عقائدية قوامها أنّ الإسلام دين الفطرة، وأنّ لبناته الأولى ضاربة في القدم منذ النبي إبراهيم. ومن شأن هذا الفهم أن يجعل عمل الاجتهاد منصبّاً دائماً على مبدأ الرّجوع إلى الأصل (السلف) المتساوي مع الفطرة لديْهم. وتبعاً لذلك، إنّ الأعراف المستوردة من الإرث العتيق تتخذ بعداً مقدّساً، ويُسْبَغ عليها رداء ديني يحوّل الفطرة والعرف كياناً واحداً. ولذلك لا غرابة في أن نجد من القواعد الفقهية لاحقاً ما يُطابق فيه العرف (المعترف به) مع الدّين اعتماداً على قاعدة الفطرة الجامعة بينهما.

- ثالثاً: أنّ الاستفادة العمليّة من الفقه اليهودي، الذي عبّر عنه هذا الدّليل، لم ينشأ من منطلق عقائدي محض أساسه الاعتراف بالرسل السابقين وشرائعهم فحسب، بل كان يمليه أحياناً الظرف الاجتماعي الموجود في

(1) الأسلاف بهذا المعنى هو التراث السامي المشترك بين العرب واليهود.

التّاريخ. ذلك أنّ المسلمين قد مكّنوا اليهود منذ حركة الفتح من هامش للحرّية سمح لهم بتطبيق شرائعهم واللجوء إلى قضائهم في معالجة الخلافات بينهم (وهو ما يقرّه كبار الفقهاء والأصوليين أنفسهم مثل الشافعي والكاساني)، وقد منح هذا العامل مرونة كبيرة لانتقال الأحكام اليهودية ذات الجذور العرفية إلى المدونات الفقهية الإسلامية. والواقع أنّ هذا الانتقال ما كان ليقع لولا هذا الجوار الاجتماعي الذي حتّم أحياناً اللجوء إلى حكم واحد يفصل الخلاف بين المسلم والذمّي. إذْ يشير جدعون لبزون (Gideon Libson) في سياق تعرّضه لأوجه هذه الصلات إلى عدد من الأمثلة التي فرضها الواقع ولم تفرضها الأحكام الدينية وهي أمثلة متعلّقة بقضايا على صلة شديدة بالعرف، مثل الشفعة والكفالة والشركة التي يتساوى فيها الاثنان حقوقاً وواجبات أمام القضاء[1]. ويظهر أنّ هذا الجوار قد أدّى إلى تماثل ملحوظ في المصطلحات الفقهية بين اليهود والمسلمين مثل: «الضمان» و«الكفالة»، وهي من العوامل التي دفعت الأصوليين في مرحلة بناء المدونة واستقرارها، ولاسيما في القرن الخامس/ الحادي عشر إلى تجذير تلك المصطلحات في سياق إسلامي محض بالاستدلال عليها عن طريق مبدأ «شرع من قبلنا شرع لنا» حتى لا تفقد الصفة الإسلامية، ويغدو الفقه الإسلامي مرادفاً للفقه اليهودي ومن ثمّ يفقد هويّته تدريجياً[2]. ولذلك كان الاتجاه نحو جعل الشريعة الإسلامية مستوعبة جلّ الشرائع التي تجاورها عمليّاً في الواقع.

---

(1) Gideon Libson, Jewish and Islamic Law, a comparative study of custom during the Geonic period, pp.81-82.

(2) راجع في هذا السّياق الدراسة التي أنجزها الباحث اليهودي الإسرائيلي ياكوف مرون (Yaakov Meron)، والتي تعرّض فيها إلى محاور الالتقاء بين الفقهين اليهودي والإسلامي في العراق منذ العصر العبّاسي، ومنها تشابه المصطلحات الفقهية بينهما، ولعل مرجع ذلك النشأة التاريخية للمذهب الحنفي في البيئة العراقية حين كانت تهيمن عليها المدارس التلمودية الكبرى، ثم نشأة الكتابات الفقهية اليهودية باللغة العربيّة، انطلاقاً من الحبر شموئيل بن حفني (ت 403هـ/ 1013م) فيما يعرف =

ولئن كان هذا الدّليل في المجمل عاكساً مظاهرَ من صور تختزل علاقة التأثير المتبادلة بين الفقه الإسلامي ونظيره اليهودي، فإنّه انطوى في عمقه على دوافع أبعد ألا وهي تنامي ظاهرة وجوب اقتران التشريع بالمصلحة في الفكر الأصولي عموماً. وهي، في رأينا، الدافع الأساسي المحرّك لكلّ مسعى نحو تطوير أي منظومة تشريعية ذات أهداف اجتماعية. ولا ريْب في أنّها كانت من أبرز الأدلّة التبعية فيها بين الأصوليين، ولئن كانت المسلّمات الكلاميّة أحد المظاهر التي عكست اختلاف الأصوليين حولها، فإنّ صلتها بالعرف من أبرز عوامل تطوّر الجدل الذي رافق انشغالهم بها.

1-2- العرف والمصلحة:

تُعدُّ المصلحة باباً من أبواب علم الأصول الفرعية. وهي مبحث متولّد عن قضايا القياس شأنه شأن الاستدلال؛ إذ نشأ ضمن مباحث العلّة وفروعها. ولئن شهد تاريخ علم أصول الفقه جدلاً واسعاً حولها انطلاقاً من الاختلافات البادية في تعريفها في ظلّ تعدّد اصطلاحاتها بين عبارات: المصلحة والمصلحة المرسلة والاستصلاح، فإنّ تطوّر ذاك الجدل أفرز تحولاً في التعامل معها من إنكارها وتقييدها بالنصّ مباشرة إلى الاعتراف بها، وجعلها مقدّمة على سائر الأدلّة بما فيها النصّ ذاته. فمن مواقف الشافعي مروراً بالغزالي وصولاً إلى الطوفي شهد هذا الأصل الفرعي نقلة في

= بمختصره المسمى بـ«راشباح» (Rachbah) والمتضمّن جملةً من المصطلحات الفقهية مثل الضمان والكفالة والعتق، فضلاً عن مفاهيم مثل الحقوق والواجبات، وينبه إلى أن المرحلة الأولى من مدونات الفقه الإسلامي الممتدة من زمن الفتوحات إلى نهاية القرن الرابع افتقدت الدقة والتنظيم، فيما بدت في المرحلة التالية من القرن الخامس إلى الثامن (الكلاسيكية) مظاهر العقلنة والتخطيط ودقة الاصطلاح في المؤلّفات التشريعية بفضل جهود الأصوليين لتنظيم الاجتهاد وبناء ذاتيّة مخصوصة للتشريع الإسلامي.

Yaakov Meron, "Points de contact des droits Juif et Musulman", Studia Islamica, 1984, pp.83-117. No 60.

المفهوم لم تكن بمعزل عن الإشكاليات التي خاضها الأصوليون في سائر الأصول الأخرى بما فيها الإجماع والقياس والاستدلال. فمن خلال ذلك الجدل كان حضور الأمثلة المستمدّة من الواقع الاجتماعي، وخصوصاً الأمثلة العرفية ساطعاً وبارزاً. وهو ما لا ينكر دور العرف في تشكّل المصلحة مفهوماً فقهياً مع مالك، وأصولياً مع أتباعه، وضمن دائرة التطّور الذي شهده الفكر الأصولي ما بين مرحلتي الغزالي والطّوفي.

ويهمّنا في هذا المستوى تتبع العلاقة التي انعقدت بين العرف والمصلحة والدور الذي نهضت به في تطوير مفهوم المصلحة ذاته دليلاً من أدلّة الأصول وصولاً إلى تبيّن آثارها في إثارة الإشكالات العميقة المتعلّقة ببنية علم الأصول ذاته. ويقتضي هذا العمل منّا البدء باقتفاء أثر العرف في تشكّل المصلحة مفهوماً فقهيّاً، ثمّ أصلاً تبعياً في مرحلة لاحقة.

1-2-1- العرف والمصلحة: من الفقه إلى الأصول:

قبل أن يتشكّل مفهوم المصلحة مبحثاً فرعيّاً ضمن أدلّة الأصول، كان يُستعمل مرادفاً لمعنى النفع والخير لإثبات حكم فقهي حول مسائل مطروحة على الواقع، ولم يكن العرف بمنأى عنها. وأشهر الأمثلة التي تؤكّده هي الإشكالات التي أثيرت حول أراضي السّواد بالعراق حين جعلها عمر بن الخطّاب عامّة، وأخضعها للخراج، ورفض تقسيمها على الفاتحين، مثلما حدث مع الرّسول في خيبر[1]. فقد رأى أنّ المصلحة العامة كانت تقتضي

---

(1) علّق أبو يوسف على ما قام به عمر بن الخطاب فقال: «والذي رأى عمر رضي الله عنه من الامتناع من قسمة الأرضين بين من افتتحها عند ما عرفه الله ما كان في كتابه من بيان ذلك توفيقاً من الله كان له فيما صنع، وفيه كانت الخيرة لجميع المسلمين وفيما رآه من جمع خراج ذلك وقسمته بين المسلمين عموم النفع لجماعتهم؛ لأن هذا لو لم يكن موقوفاً على الناس في الأعطيات والأرزاق لم تشحن الثغور ولم تقو الجيوش على السير في الجهاد، ولما أمن رجوع أهل الكفر إلى مدنهم إذا خلت من =

إحياء تلك الأراضي وفرض الخراج على من يحييها. وفي رأي بعض الدّارسين عُدَّ إقدام عمر على هذا العمل إفساحاً تدريجياً للعمل بالمصلحة، وخصوصاً مع غياب النّص الصّريح الذي يعالج المسألة المطروحة. ولا نجد إنكاراً لدى بعض الأصوليين في إقرارهم لجوءَ الصحابة إلى العرف وعدم الاستناد إلى نصّ شرعي وإجماعهم عليه عملاً بهذا المبدأ. فالشاطبي، مثلاً، يرى أنّ المصلحة أجازت لعمر الإفتاء بعرف قتل الجماعة بواحد(1)، مثلما حتّمت على الخلفاء الرّاشدين العمل بتضمين الصناع(2)، وهو عرف برّره علي بن أبي طالب بقوله الشهير: «لا يُصْلِحُ الناسَ إلا ذاك»(3).

ويُعدّ مالك بن أنس أوّل الفقهاء الذين استندوا إلى مبدأ المصلحة في الفقه بشهادة الأصوليين بعده، ومنهم الشاطبي الذي أوجد تلازماً واضحاً بين العرف والمصلحة. وقد ورد ذلك في سياق تمييزه بين مجالي العبادات والمعاملات في التكليف. فرأى أنّ المجال الثاني، الذي أطلق عليه تسمية العادات، «جار على المعنى المناسب الظاهر للعقول»(4)، وهو مجال

= المقاتلة والمرتزقة، والله أعلم بالخير حيث كان». أبو يوسف، الخراج، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد وسعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث، (د.ت)، ص37.

(1) تذكر الرّوايات ملابسات هذه الفتوى التي حدثت حينما قتل سبعة أخلاء لامرأة باليمن ربيبها غيلة وألقوه في بئر، فكتب عمر لوالي اليمن حينها قائلاً: «أن اقتل المرأة وإيّاهم، فلو قتله أهل صنعاء أجمعون قتلتهم به». راجع: ابن عبد البرّ، أبو عمر يوسف (ت 463هـ/ 1071م)، الاستذكار، تحقيق سالم محمّد عطا ومحمد علي معوّض، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 2000م، ج8، ص156.

(2) الشاطبي، الاعتصام، المكتبة التجاريّة الكبرى، مصر، (د. ط)، (د.ت)، ج1، ص187.

(3) «إن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصناع. قال علي رضي الله عنه: لا يُصلِحُ الناسَ إلا ذاك، ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال والأغلب عليهم التفريط». الشاطبي، (م.ن)، ج2، ص119.

(4) الشاطبي، (م.ن)، ج1، ص133.

استرسل فيه الإمام مالك «استرسال المدلّ العريق في فهم المعاني المصلحية، نعم مع مراعاة مقصود الشارع ألا يخرج عنه ولا يناقض أصلاً من أصوله، حتى لقد استشنع العلماء كثيراً من وجوه استرساله، زاعمين أنّه خلع الربقة وفتح باب التشريع»(1).

وتترجم آراء مالك الفقهية هذا الاتجاه إلى تغليب المصلحة، ولاسيما في جعلها مقترنة بالعادات والعمل بالعرف قبل النقل. ودون شك، إنّ تغليبه لأعراف أهل المدينة، دليلاً عمليّاً في الفقه قبل أحاديث الآحاد، هو مظهر من مظاهر هذا التلازم الوثيق بينهما. ومع ذلك، إنّنا لا نجد إحالات مباشرة على مفهوم المصلحة المرسلة أو الاستصلاح كما وقعت صياغتهما اصطلاحياً في المراحل اللاحقة؛ بل كانت تلك الإحالات من عمل أتباعه وتلامذته فيما بعد(2).

وترد أبرز الأمثلة التي اعتُرِفَ فيها بالعرف عملاً بالمصلحة بيع العرايا، وهي التي نقل فيها سحنون (ت 240هـ/ 854م) موقف الإمام مالك قائلاً: «فكان رسول الله ﷺ يرخّص للذي أطعمهن أن يبيعهن قبل أن يبدو صلاحهن، فقد جوز في هذا الحديث بيعها قبل أن يبدو صلاحها لما أراد رسول الله ﷺ من إتمام المعروف وطرح المضرة والضيق»(3).

أمّا في مرحلة تأسيس علم الأصول، فقد بدا واضحاً، أثناء البدايات، ضمور هذا الأصل مع قلّة الإحالة عليه مقارنة بالحيز الذي احتلته سائر الأدلّة الأخرى(4). ويفسّر ذلك بالمسعى نحو الإعلاء من سلطة النقل ممثلاً في

(1) (م.ن).

(2) انظر مقال: مصلحة، لـ: م. خدّوري (M. Khaddouri)، دائرة المعارف الإسلامية، ط2، 1978م، المجلد 6، ص728.

(3) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1994م، ج3، ص285.

(4) ويتعلق الأمر بالشافعي الذي ألمح إليها باعتباره فرعاً من الاستحسان الذي رفضه، =

مفهوم البيان الذي يجسّده النص القرآني من جهة والحديث النبوي من جهة أخرى. وقد كان من آثاره الاتجاه إلى تقييد المصلحة بالشرع حتى يغدو لديهم معياراً حاكماً على الأعراف. ويبرز منهج التعامل مع المسألة في اعتمادهم على مبدأ تأصيل المصلحة المرسلة بإجماع الصحابة. وهي أهم الوسائل لديهم في إجازة اللجوء إلى العرف. ونحن نتأكّد من ذلك حين نتصفح الأمثلة المقدمة المستقاة من الميدان العرفي مثل دعم الموقف الذي يؤيّد وجوب تضمين الصناع بتمريره عبر إجماع الصحابة وفقاً للمصلحة[1].

وإذا كان الغزالي قد حافظ على موقف تقييد المصلحة بالشرع[2] فإنّ المفهوم شهد تطوّراً معه في ارتباط بتطور النّظر في العرف، وذلك في مستويين: مستوى تعريف المصلحة بكونها في رتبة الضرورات والحاجات

= وأن ليس هناك نازلة إلا والكتاب يدلّ عليها نصّاً أو جملة. وهذا يعني أنّ المصلحة التي ليس لها شاهد من الشرع لا يُعتد بها. راجع: زيد، مصطفى، المصلحة في التشريع الإسلامي، دار اليسر، القاهرة، (د.ت)، ص29. ومقال: «استصلاح» لـ: بارّي (R. Parret)، دائرة المعارف الإسلامية، المجلد 4، ص268.

(1) ويرد ذلك صريحاً فيما ذكره القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي (ت 422هـ/1031م) قوله: «فدليلنا إجماع الصحابة لأنّ ذلك روي عن عمر وعليّ، وقال عليّ: لا يُصلِح النّاسَ إلا ذاك. ولأنّ ذلك يتعلّق به مصلحة الصناع وأرباب السّلع وفي تركه ذريعة إلى إتلاف أموال النّاس، وكذلك إن كان بالنّاس ضرورة إلى الصناع لأنّه ليس كلّ أحد يحسن أن يخيط ويقصر ثوبه أو يطرزه، فلو قبلنا قول الصناع في الإتلاف لتسرّعوا إلى دعوى ذلك ولحق أرباب السلع الضّرر لأنّهم بين أمرين: إمّا أن يدفع إليهم المتاع فلا يؤمّن منهم ما ذكرناه، أو لا يدفع فيضرّ بهم. فكان تضمينهم صلاح الفريقين». البغدادي، عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق الحبيب بن الطاهر، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1999م، ج2، ص665.

(2) «المصلحة بالإضافة إلى شهادة الشرع ثلاثة أقسام: قسم شهد الشرع لاعتبارها، وقسم شهد لبطلانها، وقسم لم يشهد الشرع لا لبطلانها ولا لاعتبارها». المستصفى، ج1، ص414-415.

والتحسينات، ومستوى الغايات والمقاصد: بجعل المصلحة ترتبط بتحقيق مقاصد الشّرع[1].

ويظهر حضور العرف بقوة في تحليل الغزالي لمراتب المصلحة في الرتبتيْن الثانية (وهي الحاجيات) والثالثة (وهي التحسينات). ففي الحاجات يورد مثل تسليط الوليّ على تزويج الصغيرة والصغير وواجب المهر والكفاءة في الزواج ومراعاة عادات التصاهر بين العشائر وسلب ولاية العبد باعتبارها حاجات للمصلحة[2]. وفي التحسينات التي يراها تقع موقع رعاية أحسن المناهج في العادات والمعاملات يعقد عبرها صلة واضحة وقوية مع العرف، ويقدّم أمثلة أخرى مكرّسة لأعراف تمييزية وتحمل تبريراً للتراتبية الاجتماعية من خلال المصلحة مثل سلب العبد أهليّة الشهادة مع قبول فتواه وروايته، لأنّه نازل القدر والرتبة ضعيف الحال والمنزلة باستسخار المالك إيّاه. وكذلك الشأن فيما يتعلق بالمسائل الجنسانيّة مثل تقييد النكاح بوليّ وبشهادة، لأنّ التقييد الأول «الأليق بمحاسن العادات استحياء النساء عن مباشرة العقد، فذلك يشعر بتوقان نفسها إلى الرّجال ولا يليق ذلك بالمروءة»[3]. والتقييد الثاني «لتفخيم أمر النكّاح وتمييزه عن السّفاح بالإعلان والإظهار عند من له رتبة ومنزلة»[4].

وعلى الرغم من أنّ الغزالي رفض اعتبار الاستصلاح دليلاً قائماً بذاته متفقاً في ذلك مع سائر أئمة الشافعية الذين قالوا بالاستدلال، فإنّ حضور الأمثلة العرفيّة في تحليله لا يكشف عن الصلة المتينة التي تجمع بين العرف والاستصلاح فحسب؛ بل تطبع دلالة المصلحة بطابع عرفي واضح يجعلها تستمدّ شرعيتها من النّظام الاجتماعي السائد والتصورات الثقافية القائمة لا

---

(1) الغزالي، (م.ن)، ج1، ص416.
(2) (م.ن)، ج1، ص417.
(3) (م.ن)، ج1، ص419.
(4) (م.ن).

من النصّ الديني مباشرة. فالمصلحة قبل أن تكون شرعية هي عرفية تبرّر النّظام الاجتماعيّ القائم.

وفي مستوى آخر من معالجة الأصوليين لمفهوم المصلحة وتبريره وإكسابه حجيّة أصولية وبعيداً عن التأصيل بوساطة النقل، حاول هؤلاء تأصيله بوساطة البرهنة العقليّة، وهي امتداد لطريقة المتكلّمين في الأصول. ولا يخفى فيها تأثير المقولات الاعتزالية، وأهمّها نظرية العدل الإلهي والصلاح والأصلح. وهي ترتبط مباشرة بالجهود التي انفتحت حول إشكالية تعليل الشريعة بالحكمة. وفي هذا المقام رأى حمادي ذويب أنّ الأصوليين أصبحوا يرون أنّ الله إنما بعث الرّسل لتحصيل مصالح النّاس، وأنّ الأحكام الشرعية إنّما شرّعت لتحقيق مصالحهم بجلب المنفعة لهم ودفع المضرّة عنهم. فالحكم الشرعي المستند إلى النص أو الإجماع أو القياس حول واقعة ما هو حكم يحقق المصلحة. وفي غياب استناده إلى النص وكان فيه مصلحة فإنّه يغلّب الظن على أنّ تلك الواقعة مطلوبة للشرع. وبهذا المنطق فحيثما وجدت المصلحة ثمّ شرع الله[1]. وتبعاً لهذه المقدّمة الكلامية العقلية أصبح الأصوليون قادرين على ضبط منهج للتعامل مع المصلحة، فقصروا مجالها على المعاملات التي قرنوها بالعادات مثلما ذهب الشاطبي إلى ذلك[2].

وعلى الرغم من الاختلافات التي شقّت معظم المذاهب الإسلامية حول المصلحة من مثبت لها إلى منكر ورافض، فإنّ حصرها في ميدان المعاملات

---

(1) ذويب، جدل الأصول والواقع، ص388.

(2) «فإن قيل: هل يستتب هذان الوجهان في جميع الأحكام العادية والعبادية أم لا؟ فإن الذي يظهر لبادئ الرأي أن قصد المسببات لازم في العاديات، لظهور وجوه المصالح فيها، بخلاف العبادات؛ فإنها مبنية على عدم معقولية المعنى؛ فهنالك يستتب عدم الالتفات إلى المسببات؛ لأن المعاني المعلل بها راجعة إلى جنس المصالح فيها أو المفاسد، وهي ظاهرة في العاديات، وغير ظاهرة في العباديات». الموافقات، ج1، ص199.

يبدو واضحاً وبيّناً وملموساً. وهو ملحوظ وبارز في مواقف تلك المذاهب؛ إذْ لا ينفي موقف المعارضة أحياناً في تغييبها ضمن أبواب الفقه لديهم -مثلما لا يعكس موقف الرفض- تسرّب الأمثلة المستقاة من الأعراف في مناقشة بعض مسائلها سواء في الحجيّة أم في الحدود المرسومة لها.

1-2-2- العرف والمصلحة بين المذاهب الإسلامية:

إنّ تتبع مختلف المراحل التي مرّت بها العلاقة بين العرف والمصلحة منذ البدايات إلى نهاية المرحلة الكلاسيكية بين القرن الثامن والعاشر لم تكن تعني وجود اتفاق قاطع حولها بين مختلف المدارس والمذاهب والاتجاهات الفقهية في تاريخ الإسلام. بل يتبدّى لنا من خلال رصد عديد وجهات النّظر أنّ التطوّر قد حدث داخل كلّ مذهب أو مدرسة بناء على تغيّر عدد من المعطيات أهمها التحوّلات التاريخية، ولاسيما في جانبها السياسي الذي شهد تحولاً من دولة عباسية موحدة وقوية زمن الشافعي إلى عصر الدويلات الصغيرة والضعيفة مع دخول التتار إلى بغداد وتناحر الطوائف في الأندلس زمن ابن تيمية والطوفي والشاطبي. وهذا ما توّج في النهاية رؤية متغيرة بتغيّر الشروط التي كانت تنهض بدور في صياغة الآراء حول المسألة.

1-2-2-1- في المذهب المالكي:

أشرنا سابقاً، أثناء الحديث عن منشأ مفهوم المصلحة في الفقه، إلى اقترانها الثابت بمسائل عرفية عرضها الإمام مالك في **(المدونة الكبرى)** مثلما أبرزها سحنون. وقد كان ذلك العمل دافعاً واضحاً إلى اعتماد مفهوم المصلحة المرسلة والارتقاء به إلى مرتبة الدّليل التبعي الخامس وفقاً لابن العربي[1]. وتبيّنا أثناء حديثه عن بعض المسائل العرفية في الفقه (مثل السّلم

---

(1) «فأصول الأحكام خمسة: منها أربعة متّفق عليها من الأمة الكتاب والسنة والإجماع والنظر والاجتهاد، فهذه الأربعة، والمصلحة وهو الأصل الخامس الذي انفرد به مالك، رضي الله عنه». ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق =

في اللبن والرّطب والشروع في أخذه) بناؤه إياها على قاعدة المصلحة بما يجعلها أعرافاً قابلة للتطبيق والأخذ بها دون الرّجوع إلى نصّ قاطع، وإنما قياساً إلى أخرى مثل العريّة[1]. ففي موضع حديثه عن مسائل الكيل والوزن والعدد يجعل المصلحة إلى جانب العرف أساسياً لبناء قاعدة هذه المسائل في المعاملات اعتماداً على رأي الإمام مالك[2]. ومن الطبيعي أن يؤدّي هذا الاقتران إلى جعل التعامل مع مثل هذه الأبواب مرناً وسهلاً، فالمصلحة لا تخضع عادة لقواعد ثابتة جاهزة، والعرف من خاصياته المرونة وقابليّة التغيّر بتغير الشروط المتوافرة.

وإذا كان ابن العربي قد بنى جلّ مسائل المعاملات، ولاسيما ما تعلّق منها بالعرف والعادات[3]، على دليل المصلحة المرسلة، فإن ابن رشد، في

= محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1992م، ج1، ص683.

(1) «وأما السلم في اللبن والرطب والشروع في أخذه فهي مسألة مدنية اجتمع عليها أهل المدينة، وهي مبنية على قاعدة المصلحة، لأن المرء يحتاج إلى أخذ اللبن والرطب مياومة، ويشق أن يأخذ كلّ يوم ابتداء، لأنّ النقد قد لا يحضره، وأن السعر قد يختلف عليه وصاحب النخل واللبن يحتاج إلى النقد، لأنّ الذي عنده عروض لا يتصرف له، فلمّا اشتركا في الحاجة رخّص لهما في هذه المعاملة قياساً إلى العرايا وغيرها من أصول الحاجات والمصالح». (م.ن)، ج1، ص832.

(2) «فقد اضطرب علماؤنا فيه اضطراباً، ومثال اضطرابهم في السفرجل والرمان والجوز هل يسلم فيها كيلاً أو عدداً حتى انتهى الحال بابن القاسم إلى أن يخالف فيها مالكاً، وأبين ما في ذلك الجوز، ولم يختلفوا في اللوز والصنوبر أنه مكيل، وذلك عندي كلّه يرجع إلى عرف البلد في كل وقت، فما انضبطت به الحال عند الناس فذلك الذي يعول عليه. وزاد مالك مسألة غريبة خالف فيها جميع الفقهاء وبناها على قاعدتين: إحداها العرف والأخرى المصلحة وهو جواز التجزيء في اللحم، وجعل التجزؤ فيه والحزر أحد طرق العلم الموصلة إليه». القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، ج1، ص833.

(3) يبرز ذلك في عدد لا حصر له من المسائل نذكر منها: السلفة في الطعام، البيوع، =

كتابه (**بداية المجتهد**)، وخلال معالجته الكثير من المسائل الفقهية، يستعمل مفهوم المصلحة مرادفاً لمفهوم القياس المرسل الذي لا يستند عادة إلى نصّ شرعي، وكان من آثار ذلك تبرير العديد من الأعراف الاجتماعية القائمة عملاً بها. ففي مسألة إيلاء العبد[1] يعد مدّة إيلائه نصف مدّة الحرّ؛ لأن الفاحشة منه أقلّ قبحاً، رافضاً قياس الإيلاء على الحدّ المذكور في الآية عملاً بموقف مالك بن أنس السابق[2]. وكذلك الشأن في مسائل البيوع والإجارات التي يقرّر فيها وجوب الضمان عملاً بالمصلحة مراعاة لأعراف الحياة التجارية القائمة[3]. وتتضمّن بعض مواقف المالكية الأخرى التقاء بين المصلحة والعرف لا في إجازة الأعراف القديمة المتوارثة، بل في إكساء بعض الأحكام صبغة المرونة التي يحتاج إليها تبدّل الواقع. وغالباً ما كانت عبارة «قرينة الحال» دالة على ذلك، وهذا ما نلمسه في تجويز شهادة الصبيان

= بيع الخيار، الضرر والعيب في الشراء، الرهن... إلخ. ابن العربي: (م.ن)، ج1، ص771-805، ص831، ص841-850.

(1) الإيلاء هو أن يحلف الرجل لامرأته بالله ألا ينكحها فتتربّص أربعة أشهر، فإن هو نكحها كفّر عن يمينه، وإن أمضت أربعة أشهر قبل أن ينكحها يُخيّر بين الفيء أو الطلاق، عملاً بقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿226﴾ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البَقَرَة: 226-227].

(2) «وقياس الإيلاء على الحد غير جيد، وذلك أن العبد إنما كان حده أقل من حد الحر، لأن الفاحشة منه أقل قبحاً، ومن الحر أعظم قبحاً، ومدة الإيلاء إنما ضربت جمعاً بين التوسعة على الزوج وبين إزالة الضرر عن الزوجة، فإذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنفى للضرر على الزوجة، والحر أحق بالتوسعة ونفي الضرر عنه، فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الإيلاء إلا إذا كان الزوج عبداً والزوجة حرة فقط، وهذا لم يقل به أحد فالواجب التسوية». ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى بابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1975م، ج2، ص103.

(3) راجع كتاب البيوع، ج2، ص185. كتاب الإجارات، ج2، ص231-233. كتاب التفليس، ج2، ص293.

على بعضهم في الجراح عملاً بالمصلحة، وفي اعتبار تلك الشهادة من قرائن الحال المعتمدة[1]. ولئن كان هذا الموقف متوسطاً بين العمل بالمصلحة والاستناد إلى النقل فإنّ الاعتماد على العرف في المعنى الذي تلخصه عبارة قرينة الحال واضحة بما يكسب الفتوى مرونة في التعامل مع ما يطرأ من مستجد على الواقع.

وتعدّ فتوى عدم وجوب إرضاع الزوجة الشريفة لابنها بسبب إمكانية حصول ضرر أو أذى يلحقها سواء كان مادياً أم معنوياً من أشهر الأمثلة التي وقعت فيها مراعاة الأعراف الاجتماعية من أجل المصلحة[2]. ويُضاف إليها ما شاع في الميدان السّياسي من تبرير أعراف التغلّب عملاً بها وإنْ كان متعارضاً مع صريح النصّ القرآني. وهذا ما يتجلّى لنا في إجازة بيعة المفضول، وإن وجد من هو أفضل منه بالخلافة حتى لا يؤدّي بطلانها إلى فساد واضطراب في الأمور. ويُستدل على ذلك ما أُثِر عن مالك نقلاً عن الشاطبي في كتاب **(الاعتصام)**، عندما قال حين لم يعهد عمر بن عبد العزيز بالخلافة لمن بعده إلى رجل صالح «لكنّي أنا أدْرَى إنما كانت البيعة ليزيد بعده فخاف عمر إن ولى رجلاً صالحاً أن لا يكون ليزيد بد من القيام، فتقوم هجمة فيفسد ما لا يصلح»[3].

كان من نتائج اعتماد المالكية على المصلحة المرسلة أصلاً من أصول التشريع الفرعية فتحُ الأبواب على مصراعيها على تبنّي الأعراف القائمة

(1) «واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل، فردها جمهور فقهاء الأمصار لما قلناه من وقوع الإجماع على أن من شرط الشهادة العدالة ومن شرط العدالة البلوغ، ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك، وإنما هي قرينة حال... وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة». (م.ن)، ج2، ص463.

(2) راجع: النفزاوي، شهاب الدّين، الفواكه الدّواني على رسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1995م، ج2، ص65.

(3) الشاطبي، الاعتصام، ج2، ص128.

والحدّ من الشروط المضيقة على اعتبارها والعمل بها، وهذا ما نلحظه في المناطق التي انتشر بها هذا المذهب، ولاسيما مع الأعراق غير العربية الواقعة على أطراف الحكم المركزي في شمال إفريقيا وفقاً لما رصده كلّ من هواري تواتي وبنسالم حميش في القرون المتأخرة التي تلت القرن الثامن للهجرة/ الرابع عشر الميلادي. أمّا على المستوى النّظري فإنّ الشاطبي توّج هذه الرؤية انطلاقاً من اعتباره رعاية المصلحة ركناً من أركان الدين ترجع إلى حفظ أمر ضروري من باب «ما لا يتمّ الواجب إلا به»[1] مثلما ترجع إلى رفع حرج لازم في الدّين. وتبعاً لذلك، ولمّا كانت الضروريات التي هي أحد أقسام هذه المصلحة تهدف إلى حفظ الدين والدنيا، فإنّ المعاملات، التي ترجع إلى مصلحة الإنسان مع غيره وتهدف إلى حفظ النسل والمال والنفس والعقل، تتحقق بوساطة العادات[2]. وقد توصّل الشاطبي إلى هذا الاستنتاج بناء على استقرائه مقاصد الشريعة التي رأى أنّها وضعت لمصالح العباد في العاجل والآجل[3]، ليجعل المصلحة تقترن عادة بتحقيق العرف.

1-2-2-2- في المذهب الشافعي:

لم تنل المصلحة حظوة كبرى لدى الشافعية مثلما هو شأنها مع المالكية. ويعود السبب في ذلك إلى آراء الشافعي الأولى التي غيّبت المسألة وجعلتها قسماً من أقسام الاستحسان كما أشرنا إليها سابقاً. لكن مواقف الجويني الواضحة هي التي جعلت الاستدلال أصلاً خامساً تندرج ضمنها المصلحة لا دليلاً، بل مبدأ أطلقت عليه تسمية الاستصلاح أو الاستدلال بالمصلحة[4].

(1) الشاطبي، (م.ن)، ج2، ص133.
(2) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص9.
(3) (م.ن)، ج2، ص6.
(4) وهذا ما ندركه في قوله الآتي: «وذهب الشافعي ومعظم أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنهما إلى [اعتماد] الاستدلال وإن لم يستند إلى حكم متفق عليه في أصل، ولكنه لا يستجيز النأي والبعد والإفراط، وإنما يسوغ تعليق الأحكام بمصالح يراها =

واتّهم في السياق ذاته إسراف مالك في الاعتماد على المصلحة إلى الحد الذي ابتعد فيها عن معاني الشريعة المعروفة. وهو ما أدّى به إلى الإفتاء في مسائل قائمة في الغالب على الظنّ وليس لها أيّ مستند ولا تقف عند أصول محدّدة، ولذلك قيد الاستدلال بالمصلحة بالنقل كتاباً وسنة وإجماعاً، ولم يجوّز أن تكون مطلقة مرسلة مثل المالكية[1].

وترد إثر ذلك مواقف الغزالي التي طوّرت النّظر في المسألة انطلاقاً من دعمه مفهوم المصلحة دون أن يصل به إلى مرتبة الدليل. ويبدو أنّ حجة الإسلام قد أدرجه ضمن مسائل القياس، وتحديداً ضمن أحد مسالك العلة ألا وهي المناسبة[2]، حين عدّ المصلحة عمدة كتاب القياس في **(المنخول)**[3] ثمّ أصلاً مقيّداً بمقاصد الشرع دون أن يكون أصلاً خامساً بل مدرجاً ضمن الاستدلال[4].

وهكذا، إنّ متابعة تطور مواقف الشافعية من المصلحة تبيّن عدم اتفاقهم على رفعه إلى مستوى الدّليل والأصل؛ بل إدراجها ضمن مسائل أكبر وأعمّ، حتى أنّ الآمدي رفض الأخذ بالمصلحة القائمة على المناسب المرسل ما لم يشهد الشارع لها بالاعتبار، وانحاز إلى موقف السابقين ألا وهو امتناع التمسك بها وإلغاؤها[5]، بيد أنّ تلك المواقف النّظرية ما كانت فعلاً

= شبيهة بالمصالح المعتبرة وفاقاً، وبالمصالح المستندة إلى أحكام ثابتة الأصول قارة في الشريعة». البرهان، ج2، ص1114.

(1) (م.ن).

(2) يذكر الغزالي أن للشافعي مسلكين في التعامل مع المصلحة، فهو يقول: «وللشافعي رضي الله عنه مسلكان يحصر في أحدهما التمسك في الشبه أو المخيل الذي يشهد له أصل معين ويرد كل استدلال مرسل وفي المسلك الثاني يصحح الاستدلال المرسل ويقرب فيه من مالك وإن خالفه في مسائل»، «المنخول»، ص454.

(3) المنخول، ص453.

(4) المستصفى، ج1، ص429-430.

(5) الآمدي، الإحكام، ج4، ص167-168.

تستجيب لمعالجة هؤلاء الأصوليين الشافعيين وسائر فقهاء المذهب للعديد من المسائل الواقعية التي كانت تطرح عليهم. بل يبدو أنّ ما فرضوا عليه شروطاً وقيوداً صارمة في الأصول قد تخلّوا عنها في ممارسة العمل الفقهي والإفتاء حين أصبحت المصلحة معياراً لاستنباط الحكم وتخريجه. ويتجلّى هذا خاصّة في تعاملهم مع الممارسات العرفية السائدة. ويظهر ذلك عند الجويني الذي أفتى مثل المالكية بجواز إمامة المفضول على الأفضل عملاً بالمصلحة[1]، وحق الطفل في أخذ الشفعة من الولي[2]، وإجازة العمل بالتنضيض الحكمي على ما فيه من غرر، لأنها تقوم على رعاية المصلحة وفقه[3]، وحق الغاصب في الانتفاع بأرباح الأموال المغصوبة اعتماداً على مصلحة كليّة. وفي باب التقاط المنبوذ يقبل الجويني بجواز نقل اللقيط من بلدة إلى أخرى مراعاة لمصلحته في نفسه حتى تتهيأ له أسباب المعيشة[4]. وهو حكم يعكس من جهة سطوة العادات الشائعة التي تقدّس النسب، وتجد، في الوقت ذاته، الفجوة التي يمكن من خلالها التحرر من تلك

(1) «لا خلاف أنه إذا عسر عقد الإمامة للفاضل، واقتضت مصلحة المسلمين تقديم المفضول، وذلك لصغو الناس، وميل أولي البأس والنجدة إليه، ولو فرض تقديم الفاضل لاشرأبت الفتن، وثارت المحن، ولم نجد عدداً، وتفرقت الأجناد بدداً، فإذا كانت الحاجة في مقتضى الإيالة تقتضي تقديم المفضول، قدم لا محالة؛ إذْ الغرض من نصب الإمام استصلاح الأمة». الجويني، غياث الأمم، ص167.

(2) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق عبد العظيم الدّيب، دار المنهاج، القاهرة، ط1، 2007م، ج7، ص385.

(3) معنى التنضيض هو أن تصير جميع الموجودات نقوداً، فإذا سلم رأس المال وزّعت الأرباح بين المضارب ورب المال بناء على ما اتفقا عليه، ويقتضي إنهاء المضاربة التنضيض، إذ يكون للمضارب الحق في الربح دون أن يكون على علم بذلك ما لم يقع التنضيض، وسواء انتهت المضاربة بفسخ أحدهما أم بسبب آخر لا بد من تحويل المتاع إلى نقد. وتجوّز الشافعية عادة قسمة الربح بين المضارب وصاحب المال شرط وقاية رأس المال. راجع: الجويني، (م.ن)، ج7، ص487.

(4) (م.ن)، ج8، ص513.

السطوة عبر المصلحة. وهذا دليل على أنّ العلاقة بينهما لا تخضع دوماً للانسجام والاستجابة المتبادلة؛ بل قد تكون المصلحة في تعارض مع العرف.

ويعجّ الكثير من المؤلّفات الفقهية الشافعية بفتاوى وأحكام ذات صلة بالعرف وقع تجويزها اعتماداً على المصلحة، ومنها اشتراط الرّهن والضمان وتأجيل الثمن وخيار الثلاث في عقود البيع عملاً بالمصلحة[1]، ومنها جواز التسعير عند تزايد الأسعار[2]، وصرف أموال الخراج «في كل مصلحة عاد على المسلمين نفعها من أرزاق الجيش وتحصين الثغور وابتياع الكراع والسلاح وبناء المساجد والقناطر وأرزاق القضاة والأئمة ومن انتفع به المسلمون من الفقهاء والقرّاء والمؤذّنين»[3].

وتكفي في هذا المقام شهادة الزركشي الذي اعترف فيها بانفتاح أئمة الشافعية، مثل إمام الحرمين الجويني وحجة الإسلام الغزالي، على المصلحة المرسلة، على الرغم من التضييق عليها نظرياً وأصولياً»[4] ويبدو أنّ حاجة الفقهاء إلى إضفاء المرونة على المعاملات دافع من الدوافع التي جعلتهم يتقبلون الأعراف دون الإعلان عن ذلك رسمياً، بل من خلال إيجاد قناة شرعية تمرّ عبرها ألا وهي المصلحة.

1-2-2-3- في المذهب الحنفي:

لم يُنسب إلى أبي حنيفة قوله بالمصلحة المرسلة دليلاً من أدلّة استنباط

(1) الماوردي، الحاوي في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م، ج5، ص312.

(2) (م.ن)، ج5، ص409.

(3) (م.ن)، ج14، ص264.

(4) «وإمام الحرمين قد عمل في كتابه الغياثي أموراً وحررها وأفتى بها والمالكية بعيدون عنها وحث عليها وقالها للمصلحة المطلقة وكذلك الغزالي في شفاء الغليل، مع أن الاثنين شديدا الإنكار علينا في المصلحة المرسلة». البحر المحيط، ج4، ص378.

الأحكام، بل كان موقفه شبيهاً بموقف الشافعي، فهي ليست من أصول مذهبه، ولم يُصرح فيما أفتى به أنّه تبنى على رعايتها أحكام[1]. وعلى الرغم من اختلاف بعض الأصوليين في التقييم لاحقاً بين من يرى أنّ أبا حنيفة اعتمد عليها إلى جانب الاستدلال، مثل ما ذهب إليه الجويني، وبين من رأى أنّ الأحناف مجمعون على عدم التمسك بها، وهو موقف الآمدي، فإن الشّائع الأعم بين جل الدّارسين، ولاسيما المعاصرين منهم، أنّ اتباع المذهب الحنفي لا يأخذون بالاستصلاح ولا يعدّونه دليلاً شرعياً[2].

ومع ذلك، إنّ البحث الدّقيق في مسار التفكير الأصولي لهذا المذهب يبرز لنا الاهتمام المتزايد لديهم بالمصلحة دليلاً من أدلّة الأحكام وإنْ ضمن مباحث أخرى، فقد رأى مصطفى زيد أنّها تضمنت في دليل الاستحسان عندهم منذ فتاوى أبي حنيفة. وكانوا قد لجؤوا إلى هذا الدّليل منعاً من أن يكون تعميم علة القياس منافياً لمصالح النّاس التي قام الدليل من الشارع على اعتبارها. ومن ثمّ يتضح أنّه وقع التعبير عن رعاية المصلحة باسم آخر دون تغيّر في المضمون[3]. لكن يبدو أنّ مسألة المصلحة قد شهدت نقلة نوعية بعد القرن الخامس حين تزايد انشغال الأصوليين بمسألة تعليل الشريعة وتطوّر التفكير في موضوع العلاقة بين الشريعة والمقصد الذي كان ثمرة لتوسع الجدل حول القياس وجدواه. ويبرز ذلك في أنّ مفهوم المصلحة أخذ يتبلور لدى الأحناف في تلك الحقبة من خلال اقترانه بالبحث عن مسالك العلّة. وهكذا كان مفهوم المصلحة يتسرب تدريجياً إلى أصول المذهب الحنفي انطلاقاً من هذا المفهوم التي يمثل مفهوم الملاءمة شرطه الأساسي في أن يكون وفق العلل الشرعية. فإن وجدت وجب العمل بها إذا كانت

(1) زيد، مصطفى، المصلحة في التشريع الإسلامي، ص33.

(2) ذويب، جدل الأصول والواقع، ص405.

(3) زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي، ص34.

مؤثّرة. ومن هذا الباب أصبحوا يقولون بالمصلحة من طريق ما أسموه المناسب المرسل دون أن يغدو دليلاً معتمداً[1].

وعلى الرغم من الجدل الذي رافق المذهب الحنفي حول جواز العمل بالمصلحة من عدمه، فإنّ ذلك لم يكن يظهر في المستوى العملي الفقهي رفضاً قاطعاً ونفياً كاملاً للعمل به. وتكفي مراجعة سريعة لفتاوى رؤوس هذا المذهب حتى نعثر على ميل واضح إلى تضمين المصلحة مبرّراً دون النصّ لأحكام لا يمكن إنكار صلتها بالأعراف الاجتماعية. وقد وردت غالبية تلك الفتاوى في نطاق ما سمي عندهم باستحسان المصلحة. ومن أهمها المسائل التي لها صلة بالقرابة والمصاهرة، وأبرزها مسألة الكفاءة في النكاح التي يرون تضمنها للمصالح فيخضعونها للأعراف القائمة، ومنها ثبوت الولاية على الصغار، ولاسيما أنّ تلك العصور عرفت ظاهرة تزويج القصر باعتبارها عادات شائعة شجّعت على انتشارها سيرة الرّسول والصحابة في زواج عائشة بنت أبي بكر وأم كلثوم بنت علي بن أبي طالب في سنّ صغيرة[2]. ولعل أطرف مثال يعكس العلاقة الجدلية بين المصلحة والعرف لدى الأحناف هو موقفهم الشهير في قبول تزويج المرأة لنفسها من كفءٍ دون إذن ولي شرط البلوغ والحريّة، معللين ذلك بأنّ النكاح في أصله عقد مصلحة[3]، وأنّ إذن الوليّ قد ورد وفق العرف والعادة، وبما أنّهما متغيّران لا وجوب لتقديمهما على المصلحة[4].

---

(1) ذويب، جدل الأصول والواقع، ص406.

(2) الموصلي، ابن مودود (ت 683هـ/ 1284م)، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة، (د.ط)، 1937م، ج3، ص94.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص276.

(4) وأما الآية: فالخطاب للأولياء بالإنكاح ليس يدل على أن الولي شرط جواز الإنكاح، بل على وفاق العرف والعادة بين الناس، فإن النساء لا يتولين النكاح بأنفسهنّ عادةً لما فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال وفيه نسبتهن إلى =

ولا يختلف الأمر في مسائل المعاملات. فبعض أعلامهم مثل محمد بن الحسن الشيباني يقرّر أنّ أحكام المعاملات تدور مع المصلحة وجوداً وعدماً بناء على العرف الشائع، وذلك أثناء حديثه عن كيفية تبادل السلع وفقاً لعرف كلّ بلد[1]. وليس بمستغرب أن نجد ميلاً لدى الأوائل منهم إلى تغليب العرف من أجل المصلحة، ولو كان معارضاً للنص. ونعثر على ذلك في موقف أبي حنيفة ذاته أثناء معالجته لقضية عجز المسلمين عن الانتفاع بالغنائم، إذا استحال حملها ونقلها إليهم. فهو يجيز إتلافها وإهلاكها مخافة انتفاع المشركين بها لما قد يسببه ذلك من ضرر للمسلمين. ولا يخفى ما في هذا الموقف من تعارض مع النصوص التي تنهى عن إتلاف المال، فضلاً عن وصايا أبي بكر التي كانت رافضة لكلّ ما يسبّب الدمار، وهو موقف الأوزاعي المعارض لأبي حنيفة[2].

= الوقاحة، بل الأولياء هم الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن فخرج الخطاب بالأمر بالإنكاح مخرج العرف والعادة على الندب والاستحباب دون الحتم والإيجاب». (م.ن)، ج2، ص248.

(1) «وأما تلقي السلع فكل أرض كان ذلك يضر بأهلها فليس ينبغي أن يفعل ذلك بها، فإذا كثرت الأشياء بها حتى صار ذلك لا يضر بأهلها فلا بأس بذلك إن شاء الله تعالى». اللكنوي، محمد عبد الحي، التعليق الممجّد على موطّأ محمّد، تحقيق تقي الدين النّووي، دار القلم، دمشق، ط4، 2005م، ج3، ص210.

(2) «قال أبو حنيفة رضي الله عنه: وإذا أصاب المسلمون غنائم من متاع أو غنم فعجزوا عن حمله ذبحوا الغنم وحرقوا المتاع وحرقوا لحوم الغنم كراهية أن ينتفع أهل الشرك. وقال الأوزاعي -رحمه الله-: نهى أبو بكر رضي الله عنه أن تعقر بهيمة إلا لمأكلة وأخذ بذلك أئمة المسلمين وجماعتهم حتى إن كان علماؤهم ليكرهون للرجل ذبح الشاة والبقرة ليأكل طائفة منها ويدع سائرها. وبلغنا أنه من قتل نحلاً ذهب ربع أجره ومن عقر جواداً ذهب ربع أجره. وقال أبو يوسف: قول الله في كتابه أحق أن يتبع قال الله تعالى: ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَىٰ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ وَلِيُخْزِيَ الْفَاسِقِينَ﴾ [الحشر: 5]. أبو يوسف، الردّ على سير الأوزاعي، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ص83.

والواقع أنّ الأحناف إنّما كانوا يبرّرون العرف باسم المصلحة في الموضع الذي يغيب فيه النصّ أو يكون عامّاً مرسلاً لا يضبط التفاصيل. وهو المجال الذي سمح لهم بإدراج تلك الأعراف المعمول بها وعللوها فقهياً في إطار رعاية المصلحة دون أن يترتب على ذلك أصوليّاً الاعتراف بها أصلاً تبعياً. وقد يعود ذلك إلى أنّهم اختاروا مبدأ الاستحسان بديلاً له.

1-2-2-4- في المذهب الحنبلي:

الشائع لدى أغلب الدّارسين أنّ المذهب الحنبلي هو أبعد المذاهب الفقهية عن القول برعاية المصلحة في الأحكام نظراً لما عرف به هذا المذهب من تشدّد في التمسّك بالنقل والتضييق على الرّأي[1]. لكن بعض المتأخرين من هذا المذهب ينسب إلى المتقدمين منهم القول بالمصلحة مثل ابن دقيق العيد (ت 702هـ/ 1303م) عندما جعل أحمد بن حنبل ثاني أئمة الإسلام ممن عرفوا باعتبار المصلحة واستعمالها في الأحكام بعد مالك[2]. ويعلّق محمد مصطفى شلبي على ذلك بأنّ الإمام أحمد بن حنبل قد عمل بالمصلحة في تخصيص عموم النصّ، ولاسيما في فتاويه المتصلة بالسياسة الشرعية، على الرغم من كونه صاحب حديث[3]. وعلى الرغم من إشارات ابن تيمية المتكررة إلى هذا المبدأ الذي يتّفق في تعريفه مع ما عرف عن المذهب الحنبلي من تمسّك بقيود النص[4]، فإن جلّ الحنابلة كانوا متفقين

(1) من ضمن هؤلاء الدّارسين مصطفى الزّرقا وعبد الله عبد المحسن التركي اللذان يقلّلان من أهمية اعتبار المصلحة لدى مؤسس المذهب أحمد بن حنبل، ورفضه تخصيص النص به. راجع: الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص125. التركي، عبد الله عبد المحسن، أصول مذهب الإمام أحمد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1990م، ص482-484.

(2) الشوكاني، إرشاد الفحول، ج2، ص184.

(3) شلبي، محمد مصطفى، تعليل الأحكام، مطبعة الأزهر، (د.ط)، 1947م، ص380.

(4) «إذا أشكل على الناظر أو السالك حكم شيء هل هو الإباحة أو التحريم فلينظر إلى =

على عدم رفعه إلى مرتبة الدّليل المستقل وعدم الاعتراف به، بل كان لدى بعضهم قسماً من أقسام القياس مثلما أشار إلى ذلك الكلوذاني (ت 510هـ/ 1117م)، الذي أطلق عليه تسمية القياس الخفي[1]. ويرد هذا الموقف متقارباً مع نظرة الشافعية والأشاعرة في رفض قيام الأحكام على المصلحة المرسلة واستبدالها بالاستدلال الذي يكون بالأمارة أو العلة وشهادة الأصول، وهو يتطابق لديه مع المصالح[2].

وتمثّل مرحلة نجم الدّين الطوفي نقلة كبرى في تطور المذهب الحنبلي ورؤيته لمسألة المصلحة، وهي تتلخص في جانبين مهمّين: يتمثل الأول في تخصيص فصل للاستصلاح باعتباره من الأصول المختلف فيها، أمّا الثاني فيتجسّد في معالجته لأقسام المصلحة الثلاثة الذي كان لديه مدخلاً لنقد الفكر الأصولي حول المسألة[3]. فقد عدّه تقسيماً متعسفاً متكلّفاً بالنّظر إلى ثبوت «مراعاة الشّرع للمصلحة والمفسدة بالجملة إجماعاً»[4]. ويجعل بديل ذلك إثبات المصلحة إذا تضمنها الفعل المجرد ونفيها إذا تضمنت مفسدة مجردة، ويجعل كذلك الترجيح بين المصلحة والمفسدة عند استواء تحصيل المصلحة

= مفسدته وثمرته وغايته فإن كان مشتملاً على مفسدة راجحة ظاهرة فإنه يستحيل على الشارع الأمر به أو إباحته، بل يقطع أن الشرع يحرمه؛ ولاسيما إذا كان مفضياً إلى ما يبغضه الله ورسوله». فتاوى ابن تيمية، نقلاً عن: شلبي، مصطفى، (م.ن)، ص377.

(1) عرّفه بأنّه «ما أخذت عليه بالتأثير والاستنباط مثل ما قلنا في علّة تحريم الخمر، لأنّ فيه شدّة مطربة، فهذه العلّة مؤثرة؛ لأنّها إذا وجدت وجد الحكم، وإذا زالت زال الحكم، ولو قدّرنا أنّها تعود لعاد الحكم». الكلوذاني، أبو الخطّاب، التمهيد في أصول الفقه، تحقيق مفيد محمد أبو عمشة، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، ط1، 1985م، ج1، ص27.

(2) ابن تيمية، المسودة، ص401.

(3) ذويب، جدل الأصول والواقع، ص409.

(4) الطوفي، شرح مختصر الروضة، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1987م، ج3، ص214.

ودفع المفسدة[1]. أمّا عن صلة المصلحة بالنصّ، وهي التي حصرها معظم الأصوليين في مبدأ التخصيص، فإنّ الطّوفي توسّع فيها بأن أعلن صراحة عن جواز تقديم رعاية المصلحة على النصّ أو الإجماع في حال التعارض بينهما. واستند في هذا الرأي على تأويله لحديث «لا ضرر ولا ضرار»*، الذي أقرّ فيه صراحة بوجوب تقديم المصلحة في حال حدوث هذا التعارض[2].

ويبدو أنّ الدّافع الأكبر، الذي حمله على مراجعة آراء السّابقين، وفتح المجال أمام تقديم المصلحة على سائر الأدلّة، هو الإشكاليات التي كانت تقتضيها المعاملات. وهي إشكاليات على صلة وثيقة بالمسائل العرفية إذا علمنا أن معظم وجوهها يرتكز على العرف، ويظهر هذا واضحاً منذ البداية في حدّ المصلحة من جهة الدلالة العرفية بحملها لمعنى المعاملات[3]. وفي احتوائها معنى العادات في وجهها الدنيوي المقترن بالمنفعة[4]، ثمّ في جعل كلٍّ من العادات والمعاملات لديه مقترنيْن ومتطابقيْن في صلتهما بالمصلحة[5].

كل ذلك يدفعنا إلى استنتاج الدور المهم والجوهري للعرف في مختلف الإشكالات المتعلقة بمجال المعاملات، وهو دور مرّ من خلال ارتكاز ذلك المجال على مفهوم المصلحة، وإن لم يرتقِ لدى الحنابلة الأوائل وتابعيهم إلى مرتبة الدّليل الأصولي المستقل. وقد بدا حاضراً في مسائل لها صلة

---

(1) (م.ن).

(2) * أخرجه النّسائي في كتاب الاستسقاء، ونسنك: المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي، ج3، ص499. الطوفي، التعيين في شرح الأربعين، تحقيق أحمد حاج محمّد عثمان، مؤسسة الريان، مكة-المكتبة المكّية، بيروت، ط1، 1998م، ص237.

(3) (م.ن)، ص239.

(4) (م.ن).

(5) «وإنما نحن نرجّح رعاية المصالح في العادات والمعاملات ونحوها، لأنّ رعايتها في ذلك هي قطب الشرع منها بخلاف العبادات فإنّها حقّ الشّرع»، (م.ن)، ص241.

بالعرف مثل البيوع والعقود وما إليها. وعبّر عنه ابن قيم الجوزية (ت 751هـ/ 1350م) بقوله: «وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلّف»[1]، وأوضحه ابن تيمية كذلك في فتاويه[2]، وتكشف مراجعة أشهر المدونات الفقهية للحنابلة أنّ المصلحة قد وقع توظيفها لتبرير جملة من القواعد العرفية؛ إذْ يروي في هذا الإطار ابن قدامة (ت 620هـ/ 1223م) فتاوى كثيرة للحنابلة في ميدان المعاملات بنيت لديهم على رعاية المصلحة، وكان جلّها معتمداً على العرف ومن ضمنها، على سبيل المثال، ما يتعلق بجواز البيع والشراء مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة بالوكالة وفقاً لما تراه المصلحة لأنّها عادة التجّار[3]. وما يتعلّق بشروط البيع والشراء والإيداع في الشركات وإبطالها وفسخ العقود التي تراعى فيها المصلحة بناء على الأعراف الجارية للتجّار[4]. وكذلك جواز البيوع بغير نقد البلد إذا اقتضت المصلحة عملاً بعادات التجّار[5]، وبيع الوقف[6]، وإجبار ولي الأمر الناس على دفع أجرة المثل لأصحاب الصناعات لحاجة الناس إليها وقيام مصلحة الأمة بها[7]، والتسعير على الرغم من نهي النبي عن ذلك[8]. وأجازوا الشروط

(1) ابن القيم، إعلام الموقّعين، ج3، ص387.

(2) «البيع والهبة والإجارة وغيرها هي من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم». ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج4، ص13.

(3) الفتاوى الكبرى، ج5، ص16.

(4) (م.ن)، ج5، ص17-18.

(5) (م.ن)، ج5، ص31.

(6) (م.ن)، ج6، ص29.

(7) ابن القيم، الطرق الحكمية، تحقيق محمد جميل غازي، دار المدني، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، ج1، ص359.

(8) «إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق، إني لأرجو أن ألقى الله تعالى وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال». أخرجه الترمذي وأبو داود وابن ماجه. راجع: ابن قدامة، المغني، ج4، ص164. وابن تيمية، الفتاوى، ج28، ص77.

العرفية بحسب ما يتعارف عليه كلّ بلد وبحسب حاجاتهم[1]، وغيرها من الأمثلة التي برر فيها الحنابلة العرف بوساطة المصلحة[2].

إنّ تطور موقف الحنابلة الأصولي مع الطوفي قد حتمته تطورات الواقع التّاريخي الذي كشف مع بروز عوامل الانحطاط في عصره بين القرنين السابع والثامن، ولاسيما في الميدان السياسي، الحاجة إلى مراجعة قواعد التفكير في الأصول والفقه، وما شابها من جمود لمّا غدت منقطعة عن متغيّرات الواقع. وكان من نتائجه وجود تعارض دائم بين النصّ والعرف. وهو الإشكال الذي عالجه المتأخرون في المرحلة الكلاسيكية باللجوء إلى مفهوم المصلحة مبدأ في التعليل، وصولاً إلى جعله دليلاً مستقلاً يهتدي من خلاله المسلمون إلى إدراك المفاسد والمصالح بالعقل والتحرّر من قيود النصّ. ولا ريْب في أنّ هذا التحرّر هو المنفذ الذي سيقود إلى تبنّي العرف مصدراً تشريعياً دون إعلانه صراحة ورسميّاً.

1-2-2-5- عند الإمامية:

لعلّ ما يميّز موقف الإمامية من المصلحة المفارقةُ القائمةُ بين مواقفهم النظرية في الأصول والفتاوى العمليّة في الفقه؛ إذ الغالبُ على علمائهم وكبار أئمتهم عدم اعترافهم بحجية المصالح المرسلة، وذاك هو الموقف الذي أجمله المحقّق الحلّي (ت 676هـ/ 1278م)، وعبّر عنه في ردّه على مالك، حين عَدَّها باطلة بحكم استنادها إلى الظنّ، وعدم إفادتها لعلم يقيني، ناهيك عن غياب الدليل الشرعي الشاهد عليها[3]. ويرد هذا الرّأي ثمرة طبيعية لموقفهم الرّافض للقياس، دون أن يعني رفضهم لاعتبار العقل مصدراً من

(1) ابن القيم، إعلام الموقعين، ج2، ص414.

(2) يمكن مراجعة ما دوّنه عادل بن عبد القادر ولي قوته في أطروحته بعنوان: العرف: حجيته، أثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، ص281-1131.

(3) الحلّي، أبو القاسم نجم الدين، معارج الأصول، تحقيق محمد حسين الرّضوي، مؤسسة آل البيت، قم (إيران)، ط1، 1403هـ/ 1983م، ص222.

مصادر التشريع لديهم. ومع ذلك، إنّ موقفهم النّظري لا يعكس حقيقة تعاملهم مع هذا الدّليل الذي حضر معهم أثناء التعامل مع قضايا فقهية لها صلة بميدان المعاملات، فحين نراجع مدوّناتهم الفقهية ندرك مدى تضمينهم لمبدأ المصلحة في تبرير جملة من الأحكام لعلّ غالبها ينتمي إلى المجال العرفي، ونرصدها حصراً في أبواب الإجارات وعقود المزارعة والبيوع التي طبّقوا فيها مبدأ نظرية الأعذار[1]. واستأنسوا بمفهوم الطوارئ الذي طبقته سائر المذاهب نقلاً عن عمل أهل الكوفة منذ القرن الأول الهجري/السابع الميلادي، دون عودة إلى أصل شرعي مقطوع به[2]. وقد حملتهم تلك الاجتهادات إلى الإقرار في النهاية بالمصلحة بحكم ارتباطها بالعادات وتغيّرها. وقد عبر العاملي (ت 786هـ/ 1384م) عن ذلك صراحة في قوله: «يجوز تغيير الأحكام بتغيّر العادات كما في النّقود المتعاورة والأوزان المتداولة»[3].

(1) أجاز الطوسي مثلاً إجارة الدراهم للانتفاع بها على ألّا يكون ذلك على وجه الإطلاق، بل طبقاً لما يقتضيه العرف، ونصّ على مبدأ الأعذار في مثل الأرض المزودة بماء من نهر أو عين أو بئر التي يجوز اكتراؤها للزراعة، فإن ثبت الماء حتى استيفاء غلة الصيف والشتاء، فقد استوفى حقه، وإن انقطع قبل ذلك ورأى المكري أن يجرى لها الماء من موضع آخر لم يكن للمكتري الخيار لأن العيب قد زال. وكذلك في كلّ الإجارات التي تنفسخ لتعذّر المقصود منها، وتُبطل فيما بقي وليس فيما مضى. الطوسي، الخلاف، ج4، ص452، والمبسوط في فقه الإمامية، تحقيق محمد الباقر البهبودي، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ج3، ص256.

(2) مثل أن يطرأ المنع من الانتفاع بالعين المؤجّرة، فإذا كان ذلك قبل القبض يفسخ العقد، وإذا كان بعد القبض، وكان تلفاً بطلت الإجارة لتعذّر تحصيل منفعة وإن كان غصباً لم تبطل لاستقرار العقد بالقبض وبراءة المؤجّر. والحال أنّ العين موجودة يمكن تحصيل المنفعة منها برجوع المستأجر على الغاصب بأجرة مثل المنفعة الفائتة في يده، ولا فرق حينئذٍ بين وقوع الغصب في ابتداء المدة وخلالها. العاملي، محمد جمال الدين، الروضة البهية في شرح اللمعة الدّمشقية، دار التفسير، قم، (د.ط)، 1427هـ/ 2006م، ج2، ص214.

(3) العاملي، القواعد والفوائد، تحقيق عبد الهادي الحكيم، منشورات مكتبة المفيد، قم، (د.ط)، (د.ت)، ج1، ص151.

ولئن عكس هذا التناقض في عمقه تشبث الإمامية بمبادئهم الإيديولوجية القائمة في جوهرها على المنافحة عن عصمة الإمام عبر رفض الأدلّة الظنية، فإنّ ضغط الواقع القائم على سيادة الأعراف، ولاسيما في أبواب المعاملات، جعلتهم يتنازلون عمليّاً عن تلك المواقف، ويقرّرون تلك الأعراف عملاً بالمصلحة، ومن ثمّ اكتست فتاويهم بعداً ظنيّاً كانوا يرفضونه منذ البداية.

وإجمالاً كان تعامل المذاهب الفقهية مع المصلحة متسماً بكثير من الاضطراب الذي يصل أحياناً إلى حدّ التناقض بين الأصول والفقه، وقد عكس ذلك مرحلة من تأزم العقل الأصولي لا ننكر فيه دوراً لمواقفهم المتذبذبة من العرف. ومع ذلك لا تعدّ المصلحة الصيغة الوحيدة التي مرّ عبرها الاعتراف ضمنياً بالعرف مصدراً من مصادر التشريع، بل كان الاستحسان أيضاً صيغة أخرى وطريقة مبتكرة لدى الأحناف لتبنيه ودمجه ضمن منظومة الأصول إلى حدود القرن الثامن للهجرة/ الرابع عشر للميلاد.

2- العرف والاستحسان:

الاستحسان هو الدّليل الخامس عند الأحناف، وأحد الأصول الفرعية المختلف فيها بين المذاهب الإسلامية عموماً، وقد نشأ تاريخياً باعتباره شكلاً من أشكال الاجتهاد بالرأي أثناء تشكّل الفقه العراقي في القرن الأول/ السابع لينتقل أثره فيما بعد إلى مناطق أخرى[1]. لكنه عرف طول المرحلة الكلاسيكية جدلاً مستمراً بين الأصوليين، ولاسيما في ظل اختلاف منهج التعامل مع قضايا الفقه بين طريقة المتكلمين وطريقة الفقهاء التي يتبناها المذهب الحنفي. ولهذا السبب اختلفت تعريفاته بين الأصوليين والمذاهب من قائل بأنه عدولٌ في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى منه[2]، إلى من يَعدّه قياساً خفياً[3]، وصولاً إلى من يعدّه أخذاً

(1) ذويب، جدل الأصول والواقع، ص429.
(2) وهو منسوب إلى الكرخي. راجع: الآمدي، الإحكام، ج4، ص193.
(3) البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص2.

بأقوى الدليليْن[1]، أو ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص بمعارضة ما يعارضه في بعض مقتضياته[2]، ومنهم القائل بأنّه طرح القياس الذي يؤدّي إلى غلوّ في الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر[3]. والواقع أنّ تعدّد هذه التعريفات يعكس مباشرة جدلاً استمرّ طول قرون بين الأصوليين حول هذا الدّليل قد يكون العرف أحد أهمّ محركيه.

2-1- العرف والجدل حول الاستحسان:

لعلّ المتأمل في هذه التعريفات يقف على عبارات مفاتيح لمفهوم الاستحسان يمكن حصرها في «العدول» و«الاستثناء» و«الترخص»، وإجمالاً تحيل هذه المفردات على معنى دلالي هو ترجيح حكم على آخر لاشتماله على عناصر القوة في البرهنة والاستدلال عليه. ومنها وقع إيراد عدد من الأمثلة التي يشار فيها صراحة ومباشرة إلى ترجيح العرف على حساب الحكم الشرعي المستنبط من القياس دون إلغائه[4]. ولخّصه الآمدي اعتماداً على ما ذهب إليه أبو الحسين البصري بالعدول عن وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل لشمول الألفاظ لوجه أقوى منه، وهو حكم الطارئ على الأوّل. وفي هذا الحكم الطارئ ما يفتح الباب ضمنياً على تبنّي العرف إذا كان أقوى في الأخذ به من الحكم الأول. ولا يرى صاحب «الإحكام» وجود نزاع بين الأصوليين والفقهاء إذا كان الدليل الخاص الطارئ يرجع إلى نصّ أو إجماع؛ بل يشمل النّزاع العدول عن حكم الدّليل إلى العادة من جهة وإلى

(1) الباجي، أبو الوليد، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق عبد المجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1995م، ج2، ص693.

(2) ابن العربي، المحصول، ج1، ص132.

(3) وهو تعريف ابن رشد. راجع: الشاطبي، الاعتصام، ج2، ص139.

(4) هذا ما يفسّره الكلوذاني الحنبلي بقوله: «فأما معنى الاستحسان والمراد به فهو أنّ بعض الأمارات قد تكون أقوى من القياس، فيعدل إليها من غير أن يفسد القياس. وهذا راجع إلى تخصيص العلّة». التمهيد في أصول الفقه، ج4، ص96.

الغموض الذي يكتنف تعريف العادة: هل هي راجعة إلى الإجماع، أي ما اتفقت عليه الأمّة من أهل الحلّ والعقد، أم العادات المستحدثة للعامّة فيما بينهم؟[1]

وإذا كان موقفه واضحاً ومتجانساً مع مبادئ المذهب الشافعي ومسلماته التي تقبل بالاستحسان شرط تقيده بالكتاب والسنة وإجماع الأمة[2]، فإن أبا بكر الجصّاص الحنفي قبله كان أكثر انفتاحاً على تقبل العرف ضمن دليل الاستحسان من خلال التعريف الذي قدمه له، فهو يميز بين نوعين منه:

- الأول يحيل على معنى الاجتهاد وغلبة الرّأي في إثبات المقادير الموكولة إلى اجتهادنا وآرائنا، ويقدم مثالاً لذلك الآيات التي ترجع إلى مفهوم المعروف معياراً لتحديد تلك المقادير حتى يتسنى تقسيم النفقة بشكل سليم وعادل مثل الآية (233) و(236) من سورة البقرة[3]، أو تحديد مقادير أروش الجنايات التي لم يحددها النصّ.

- الثاني هو ترك القياس إلى ما هو أولى منه وذلك على وجهين: منه ما له علاقة بمفهوم القياس الخفي، إذ ينبغي أن يكون فرعاً يتجاذبه أصلان، ويلحق بالأقوى منهما. ومنه ما له صلة بتخصيص الحكم مع وجود العلّة. وهو الوجه الذي يتضمّن إحالة صريحة على العرف وعادات الناس في عقود الإجارات والاستصناع والبيوع ومقدار أجرة المكوث في الحمام وما إليها[4].

ويبدو أنّ الجدل حول التمييز بين القياس والاستحسان قد شهد تطوراً مع الأصوليين الأحناف اللاحقين مثل السرخسي والبخاري. وهذا الجدل يكشف

---

(1) الآمدي، الإحكام، ج4، ص193-194.
(2) الآمدي، (م.ن).
(3) ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البَقَرَة: 233]. ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البَقَرَة: 236].
(4) الجصاص، الفصول في الأصول، ج4، ص248-249.

عن دور العرف البارز في وضع حدود فاصلة بين الدّليلين؛ لأنّ منطلق التمييز لديهما هو تخصيص العلّة ومعيارها هو الاطّراد. فإذا ظهرت العلة ولم تثمر حكماً معيّناً فهي فاسدة وملغاة بالنّظر إلى العلّة المخصصة والحكم الذي وقع تخصيصه بالأثر أو الإجماع. وهكذا وقع التمييز بينهما على قاعدة العلة المؤثّرة فإن كانت ضعيفة سميت قياساً، وإن كانت قوية سميت استحساناً أو قياساً مستحسناً[1]. وبناء على ذلك تحدثوا عن نوعين من الاستحسان: الأول يترك به القياس هو الاستحسان الثابت بالنص والإجماع والضرورة، ولا تخلو أمثلته من استناد إلى مجال العرف. وهو مجال يعارضه القياس مثل السّلم والإجارة الثابتيْن بالنصّ، والاستصناع الثابت بالإجماع، وتطهير الحياض والآبار والأواني الثابتة بحكم الضّرورة[2]. أمّا الثاني فهو القياس الخفي على حدّ تعبير الدّبّوسي (ت 430هـ/ 1039م) ومثاله الخلاف في البيع والشراء بين الطرفين قبل دفع الثمن. ومعلوم أنّ الشرع الإسلامي يلزم المدعى عليه المنكر للتهمة حلف اليمين لتأكيد إنكاره لأنّ البينة على المدعي بناء على السنة الثابتة. وقياساً، فإنّ البائع غير ملزم باليمين، بل القول قول المشتري مع يمينه. أما استحساناً فإنّ كليْهما مدعو للقسم لأنّ كلّاً منهما يدّعي على الآخر[3].

ولم يكن هذا الجدل مقتصراً على أتباع المذهب الحنفي، بل اشتمل على مختلف المذاهب، ولاسيما تلك التي كان موقفها معارضاً لهذا الدليل ورافضاً له نظرياً في البداية، ثم متقبّلاً وآخذاً به عمليّاً مع تقدّم الزمن. ويتعلق

---

(1) «ولما صارت العلة عندنا علة بأثرها سمينا الذي ضعف أثرها قياساً، وسمينا الذي قوي أثرها استحساناً؛ أي قياساً مستحسناً، وقدمنا الثاني، وإن كان خفياً على الأول، وإن كان جلياً؛ لأن العبرة لقوة الأثر دون الظهور والجلاء». البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص6.

(2) (م.ن)، ج4، ص8.

(3) الدّبوسي، تقويم الأدلّة في أصول الفقه، تحقيق خليل محيي الدّين الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2001م، ص406.

الأمر هنا بالشافعية التي عُرف عن مؤسسها طعنه الدائم في الاستحسان إذا ما خالف النقل[1]. وقد نجد في الظرف التاريخي الذي عايشه ما يبرّر هذا الموقف حين استفحلت مظاهر الخلاف، وبلغت درجة كبيرة من الخطورة لعلّ أشدّ ما كان يعبّر عنها التصادم بين المدارس الفقهية في المسألة الواحدة الفرعيّة، وهذا هو السبب الذي جعله يحرص على توحيد الآراء عبر تقييد الفقهاء بمنهج يضبط حدود التأويل الفقهي ومن ضمنه استبعاد الاستحسان من أدلّة الأصول. إلا أنّ موقفه النّظري يأخذ في التراجع التدريجي في المستوى العملي حينما ندرك أن الشافعي ذاته لجأ إلى هذا المبدأ في قضايا مثل حق الأشقاء من الأم في الميراث عملاً باستحسان بعض الصحابة[2]، فضلاً عن إشارات ابن القيم إلى بعض فتاويه التي اعتمد فيها الاستحسان بالعرف مصدراً[3]. ونرجح أنّ تطور موقف الشافعية فيما بعد في اتجاه اعتماد هذا الدليل قد يعود إلى ضغط الواقع الذي مثّلت الأعراف مركز الثقل فيه على الرغم من تأرجح مواقفهم بين الرفض والقبول. أما المالكية فلئن عُرف عن مؤسسها عمله بالاستحسان في الكثير من المسائل الفقهية واعتباره تسعة أعشار العلم[4]، فإنّ منهجها كان منسجماً مع الموقف الشافعي في ضرورة أن يوافق النقل ولا يعارضه[5]، ولكنهم تدرجوا فيما بعد إلى تشريعه والأخذ

(1) يرد موقف الشافعي محترزاً من الاستحسان المخالف للشرع بقوله: «وهذا يبين أنّ حراماً على أحد أن يقول بالاستحسان إذا خالف الاستحسان الخبر، والخبر من الكتاب والسنة». الرّسالة، ج3، ص503. وكذلك «وإنما الاستحسان تلذذ، ولا يقول فيه إلا عالم بالأخبار، عاقل للتشبيه عليها، وإذا كان هذا هكذا، كان على العالم أن لا يقول إلا من جهة العلم -وجهة العلم الخبر اللازم- بالقياس بالدلائل». (م.ن)، ص508.

(2) ابن قدامة، المغني، ج6، ص281.

(3) ابن القيم، بدائع الفوائد، دار الكتاب العربي، بيروت، (د.ت)، ج4، ص32.

(4) الشاطبي، الاعتصام، ج2، ص139.

(5) الشاطبي، (م.ن).

به اعتماداً على العرف الجاري، وأفردوا أحد أهم أقسامه بجعله قائماً عليه، ولاسيما مع ابن العربي الذي جعله قسماً مستقلاً بذاته وجعل من العرف القولي معياراً لبناء عدد من المسائل عليها[1]. بينما نجد لدى الحنابلة ميلاً عمليّاً إلى تقرير العرف السائد انطلاقاً من الاستحسان يذكرها ابن قدامة عن شيخه ابن حنبل، ومنها تبرير أعراف الغلبة والقوة في عصر بدأت تنتشر فيه هذه القيم، وغدت سمة مميزة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية مع صعود ما يسمى عند المؤرّخين بالإقطاع العسكري وهيمنته. فهو يجيز مثلاً لمن غصب أرضاً وغرسها تملكها استحساناً[2]. أما خارج الدّائرة السنية فحسبنا أن نذكر الارتباط الوثيق بين العرف والاستحسان عند المذهب الإباضي في مثالهم المشهور «العزابة»[3].

وإجمالاً، يبدو أنّ العرف كان أحد أهم العوامل التي حرّكت تطوّر الجدل حول الاستحسان؛ إذ بدا لنا واضحاً أنّ هذا الدّليل كان وسيلة من الوسائل التي خلّصت المنظومة الأصولية من التناقض القائم بين النّقل والقياس، وبين القياس والواقع ممثلاً في العرف. ولذا، كان الجزء الأوفر

---

(1) ابن العربي، أبو بكر، المحصول في أصول الفقه، تحقيق حسين علي اليدري وسعيد فودة، دار البيارق، عمان، ط1، 1999م، ص131.

(2) ابن قدامة، المغني، ج5، ص190.

(3) العزابة تعني الحلقة، وهي نظام عرفي أنشأته الإباضيّة في القرن الرّابع الهجري/ العاشر الميلادي في إفريقيا، وأضفت عليه بعداً دينياً شرعياً، ويتمثل في إشراف هيئة محدودة العدد على شؤون المجتمع، ويتضمّن مسالك للدين هي بمنزلة طرق لتنفيذ الأحكام الشرعية، ومنها مسلك الكتمان الذي يبنى بالجملة على الاستحسان مثلما يذهب إلى ذلك الورجلاني، ويشتمل هذا النّظام في صورته الاقتصادية على وظيفة المحتسب عند المذاهب الأخرى لينهض بوظيفة التسعير ومراقبة الحبوب والدّلالة والإشراف على المسالخ وتعيين الصّاغة. راجع: الورجلاني، العدل والإنصاف، ج2، ص74. والجعبيري، فرحات، نظام العزابة الوهبية في جربة، المعهد القومي للآثار، تونس، (د.ط)، 1975م.

من نشاط الاستحسان متجهاً نحو إقرار العرف دون الاعتراف به على غرار صلته ببقية الأدلّة. ولعلّ هذا الاستنتاج يتأكّد حينما نلاحظ أنّ التقارب في المفهوم والوظيفة يغدو تداخلاً وتطابقاً في مستوى إثبات الحجيّة.

2-2- العرف والاستحسان ومشكل الحجيّة:

تواتر عند الأصوليين استعمال حديث الرسول المعروف «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» في سياق إثبات حجية الاستحسان، ولاسيما مع الأحناف وعلى رأسهم أبو الحسن الكرخي، الذي أورده حجة شرعية على جوازه لاشتماله على لفظ الحسن[1]. وترد مواقف اللاحقين من الحديث متطابقة مع ما ذهب إليه الكرخي في الاستناد إلى هذا الحديث لإثبات حجية الاستحسان ومنهم السرخسي[2]. وقد تواصل هذا الموقف مع المذهب الحنفي إلى ما بعد القرن الثامن/الرابع عشر. ويفسّر ذاك بعاملين يمكن إيجازهما في: استمرار التقليد المذهبي وتقديس سلطة السلف وشيوخ المذاهب أولاً، ثم تواصل مواقف إنكار الاستحسان طول فترة تشكّل المدونة الأصولية، ولاسيما مع أعلام كبار مثل الشافعي وابن حزم[3].

---

(1) يُنقل عنه القول بعد استناده إلى هذا الحديث حجة على هذا الدّليل: «فإذا كنا قد وجدنا هذا اللفظ أصلاً في الكتاب والسنة لم يمنع إطلاقه بعض ما قامت عليه الدلالة بصحته على جهة تعريف (المعنى)، وإفهام هو المراد». الجصاص، الفصول في الأصول، ج4، ص227-228.

(2) وهو القائل: «فتبين بجميع ما ذكرنا أن القول بالاستحسان لا يكون تخصيص العلة في شيء، ولكن في اعتبار حدة العبادة اتباع الكتاب والسنة والعلماء من السلف، وقد قال رسول الله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن». وكثيراً ما كان يستعمل ابن مسعود هذه العبارة. ومالك بن أنس في كتابه ذكر لفظ الاستحسان في مواضع. السرخسي، أصول السرخسي، ج2، ص207.

(3) أمّا ابن حزم فقد كان موقفه الرّفض المطلق بقوله: «فلا معنى لمن استحسن شيئاً منه أو من غيره، ولا لمن استقبح أيضاً شيئاً منه أو من غيره، والحق حق وإن استقبحه الناس، والباطل باطل وإن استحسنه الناس، فصح أن الاستحسان شهوة واتباع للهوى وضلال وبالله تعالى نعوذ من الخذلان». الإحكام، ج6، ص17.

ويظهر واضحاً أنّ اللجوء إلى هذه الحجة لم يقتصر على إثبات الاستحسان؛ بل تجاوزه ليشتمل على إثبات العرف مثل إثبات الإجماع. فقد ضمنه السرخسي بشكل ملموس وواضح في آراء فقهية لها صلة بالعرف في الوقف والإجارة والسّلم[1]. واعتمده كلّ من الرّازي والبخاري في السياق ذاته[2]. مثلما نجده رائجاً وراسخاً مع فقهاء الحنفية بعد المرحلة الكلاسيكية كالسيوطي (ت 911هـ/ 1506م)، وابن نجيم الحنفي (ت 970هـ/ 1563م)[3]. إلا أنّ الاستناد إليه شهد جدلاً حول موثوقيته من قبل المحدثين والأصوليين. فقد طعن في رفعه العلائي (ت 761هـ/ 1360م)، والزيلعي (ت 762هـ/ 1361م)، والسّخاوي (ت 902هـ/ 1497).

ونسبوه إلى عبد الله بن مسعود[4]، ورفضه ابن حزم[5]، وعَدَّه الغزالي خبراً واحداً لا تثبت به الأصول[6]، فيما قصره الكلوذاني والطّوفي على الإجماع دون الدليليْن التبعييْن[7].

إنّ إشكالية الحجية بين الدّليلين لا تنحصر في التداخل القائم بينهما في توظيف هذا الحديث، بل تتعدّى ذلك إلى التردّد القائم بين الأصوليين في

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج12، ص45 و138، ج15، ص160.

(2) الرّازي، المحصول، ج5، ص165. البخاري، كشف الأسرار في شرح أصول البزدوي، ج4، ص110.

(3) السيوطي، الأشباه والنّظائر، ص89-101. ابن نجيم، الأشباه والنّظائر، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ص79.

(4) راجع: ابن نجيم، (م.ن)، ص79. الزيلعي، جمال الدين، نصب الرّاية، تحقيق محمد عوامة، مؤسسة الرّيان، بيروت، ط1، 1997م، ج4، ص133. وأبو سنة، العرف والعادة، ص25.

(5) ابن حزم، الإحكام، ج6، ص18.

(6) الغزالي، المستصفى، ج1، ص411.

(7) الكلوذاني، التمهيد، ج3، ص283. الطّوفي، شرح مختصر الرّوضة، ج3، ص196.

الاستناد إليه في ظلّ وجود منزع للتشكيك في موثوقيته. وتعكس هذه المواقف حالة من الاضطراب والتناقض في إثبات الدّليليْن من جهة وفي عدم القدرة على التمييز بينهما من جهة أخرى، فاللجوء إلى هذا الحديث لإثبات حجية الاستحسان كان قد ظهر مع الجصّاص في القرن الرّابع/العاشر، ثم انتقل لدى السرخسي والرّازي، إضافة إلى السيوطي، ليغدو موظفاً في حجية العرف. وينطوي هذا الانتقال على تطور ملحوظ في الموقف من العرف الذي لم يرتقِ لديهم إلى مرتبة الدّليل المستقل. ومع ذلك، فإنّ توظيف حديث واحد لإثبات حجية دليليْن لا يعكس التداخل القائم في الوظيفة التشريعية بينهما فحسب، بل مع الإجماع أيضاً. وهذا التداخل يؤكّد أنّ الوظيفة التشريعية لكلّ تلك الأدلّة تكاد تكون متقاربة إن لم تكن واحدة في بعض الأوضاع، والتقاؤها في ذلك إنما دافعه الرّغبة في التحرّر النسبي من قيود النقل بمفهومه الذي أرساه أوائل الأصوليين إلى حدود القرن الخامس/ الحادي عشر. وقد نستدلّ على ذلك بميل هؤلاء الأصوليين لتفسير الحديث من خلال ربطه بمفهوم «التحسين والتقبيح» في صورته الاعتزالية القريبة من الدلالة العقلية؛ لأنّ الجصّاص مثلاً يقرن بين اشتمال الحديث على لفظ الحسن وصحّة إطلاق لفظ الاستحسان[1]. والبخاري يستعمله حجة على وجوب العمل بالرّاجح في حالة التعارض بين الدّليلين عند العقلاء في ميدان المعاملات، وبمقتضاها يتمّ تنزيل الأمور الشرعية على وزن الأمور العرفية[2]. وبهذا المنطق، إن الاستدلال بالحديث المشكوك في رفعه لا يعدو أن يكون بحثاً عن مشروعية دينية لطرق في التشريع تستند إلى العقل، وتراعي مقتضيات الواقع ومصالح الأنام فيه متحرّرة من قيود آليات البيان ومفهوم النّقل الأصولي الذي كان يتكلّس تدريجياً مع مرور الزمن. إلا أنّ الاعتراف بدليل العقل في التشريع لم يكن متيسراً في تلك الظروف بحكم

---

(1) الجصّاص، الفصول في الأصول، ج4، ص227-228.

(2) البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص132.

خصوصية المجتمعات التي مازالت خاضعة لفضاء المقدّس وهيمنته. لكنّ ذلك لم يمنع من ظهور محاولات للتحرّر من قيود القوالب الجاهزة عبر استنباط أدلة فرعية تضمنت استعمالاً واسعاً للعقل ومراعاة للمصلحة والمنفعة. ولعلّ في توسع الأصوليين لمبحث الاستحسان وتفريع أقسامه وأنواعه ما يؤكّد هذا الاتجاه، ولاسيما مع ارتباط جزء من أقسامه بالعرف.

2-3- العرف بين أقسام الاستحسان:

كان اتساع مبحث الاستحسان عند الأصوليين مرتبطاً في جزء منه بكيفية إدماج العرف ضمن مصادر الأصول المعترف بها بحكم عدم الاعتراف به أصلاً مستقلاً قائماً بذاته لدى الأصوليين طول مرحلة تشكّل المدوّنة. وعلى الرغم من ذاك، تكاثفت الإحالات عليه سواء في الفروع الفقهية أم في تفصيل بعض قضايا الأدلة الأصولية مثل القياس والاستحسان. ومع أنّ تقسيم هذا الدليل لم يكن مرتبطاً بشكل عضوي بالعرف مباشرة فإنّ جزءاً من تلك الأقسام انطوى على محاولة إيجاد قناة شرعية وأصولية لتبريره على صعيد الواقع والفكر. ولئن وجدنا في معيار التقسيم والتصنيف والتفريع ما يجعل النقل حاكماً على كلّ قسم وإطاراً ضابطاً له، فإنّنا نعثر أيضاً على أقسام أخرى تجعل من الواقع حاكماً عليه ومعياراً لنجاعته. وبغضّ النّظر عن الأقسام الأولى التي أشرنا إليها سابقاً، في معرض الحديث عن الجدل بين الأصوليين حول الاستحسان، وهي: الاستحسان بالنص والإجماع ناهيك عن استحسان القياس الذي أطلقوا عليه تسمية الاستحسان الخفيّ[1]، فإن الاستحسان المرتبط بالواقع يتضمّن صلة واضحة ومتينة بالحقل العرفي. وهذه الأصناف هي الاستحسان بالعرف واستحسان الضرورة والاستحسان بالمصلحة الذي اشتهرت به المالكية.

---

(1) لمراجعة مفهوم القياس الخفي، انظر: الباحسين، يعقوب، الاستحسان، حقيقته - أنواعه - حجيته، تطبيقاته المعاصرة، مكتبة الرشد - ناشرون، الرّياض، ط1، 2007م، ص64.

2-3-1- الاستحسان بالعرف:

أكثر صلات العرف بالأدلّة تظهر في دليل الاستحسان، وقد بيّنا سابقاً أنّ تجلّياتها تظهر منذ البدء مع تعريفات الأصوليين لهذا الدليل، ولاسيما مع الأحناف ومع أبي بكر الجصّاص تحديداً. إذ تضمّن تعريفه ميلاً واضحاً لتبنّي العمل بالعرف باعتباره نوعاً من أنواع الاستحسان[1]. وأشار بعده الغزالي إلى تأكيد أبي الحسن الكرخي أنّ اتّباع عادات النّاس وما يطّرد به عرفهم يعدّ نوعاً من أنواع الاستحسان، وجسّد ذلك في اعتبارهم بيع المعاطاة صحيحاً على خلاف القياس[2]. وبهذا كان الاستحسان بالعرف يعني عند معظم الأصوليين العدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه لجريان العرف. وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا القسم من الاستحسان كثيف الحضور والاعتبار عند أتباع المذهب الحنفي. ومنها جواز الاستصناع وعقود الإجارات بأجر معلوم ومقدار الأجرة في الحمّام[3]، وتعجيل الثمن في المبيع وجواز وقف المنقول عند بعضهم على غير القياس[4]. وجواز بيع الثمر شرط بقائه مع الشيباني عملاً باستحسان العادة وخلافاً للقياس الذي أخذ به أبو حنيفة وأبو يوسف في حديث الرسول الذي نهى فيه عن صفقة في صفقة[5]. وكذلك الشأن في أحكام الإجارة لديهم التي تضمنت جواز استئجار الجمل ليحمل عليه محملاً وراكبين عكس القياس الذي يمنع ذلك لما في هذه الإجارة من

---

(1) «ومما تركوا القياس فيه، وخصوا الحكم مع وجود العلة لعمل الناس: ما ثبت عندهم أن عقود الإجارات لا تجوز إلا بأجر معلوم، وكذلك قال ﷺ: من استأجر أجيراً فليعلمه أجره». الفصول في الأصول، ج4، ص248.

(2) الغزالي، المنخول، ص478.

(3) الجصّاص، الفصول في الأصول، ج4، ص248-249.

(4) وهو مما اختلف فيه بين أبي يوسف والشيباني وأجازه السرخسي. راجع: المبسوط، ج12، ص78.

(5) الزيلعي، جمال الدين، تبيين الحقائق: شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة، ط1، 1313هـ/ 1869م، ج4، ص12.

الجهالة التي تفضي إلى المنازعة. وخلافاً لموقف الشافعية أجاز الحنفية ذلك استحساناً عملاً بالعرف، لأنّ المقصود أساساً هو الرّاكب وهو معلوم، والمحمل تابع وجهالته ترتفع بالصّرف إلى المتعارف عليه وهو المحمل المعتاد فلا يفضي إلى المنازعة[1]. ومن ثمّ تأسّست مبرّرات موقفهم على الحاجة الماسّة وعلى أن منعه من شأنه أن يؤدّي إلى التضييق والتشديد، والحال أنّ النّاس قد اعتادوه فانتفت دواعي فساده بتعارفهم عليه.

ولا يقتصر الاستحسان بالعرف على ما يشتمل على الأعراف العمليّة، أي تلك التي تتّصل مباشرة بميدان المعاملات، بل تشتمل على العرف القولي، وكلّ ما له علاقة بالتخاطب. ونجد المالكية أكثر المذاهب التي استقطب اهتمامها هذا النوع من الاستحسان. فقد ورد في معرض تصنيف أقسام الاستحسان عند ابن العربي ما أسماه ترك الدّليل للعرف الذي جعله على رأس تلك الأقسام، وقدّم مثالاً عليه متصلاً مباشرة بالعرف القولي ألا وهو ردّ الأيمان إلى العرف في مذهب مالك، ويقصد به تقديم الدّلالة العرفية على دلالة اللغة الوضعيّة استحساناً في الأيْمان. فأنْ يحلف أحدهم بالقول: «والله لا دخلت مع فلان بيتاً فهو يحنث بدخول كلّ موضع يسمّى بيتاً في اللّغة، والمسجد يسمّى بيْتاً، فيحنث على ذلك، إلا أنّ عرف النّاس ألا يطلقوا هذا اللّفظ عليه، وهكذا لا يحنث الحالف بدخول المسجد»[2]. وبهذا المنطق بنى أغلب فقهاء المالكية أحكامهم انطلاقاً من مراعاة العرف في التخاطب استحساناً. وأشهر الأمثلة التي أوردوها هي عندما يقول رجل: «مالي في المساكين صدقة». ويقتضي منه القياس أن يتصدّق بجميع ماله لعموم اسم المال لكنهم استحسنوا قصر التصديق على مال الزكاة دون سواه، لأنّ الحاجة والمصلحة تقتضي ذلك في أعراف النّاس[3].

---

(1) (م.ن)، ج5، ص147.
(2) ابن العربي، المحصول، ص131.
(3) شلبي، مصطفى، تعليل الأحكام، ص354.

هكذا، ولئن بدا واضحاً أنّ الاستحسان قد أسهم في استيعاب أعراف النّاس وممارساتهم الاجتماعية ناهيك عن إضفائه المشروعية على أعراف سائدة لم تكن مستندة بالضرورة إلى أصل نقلي مقطوع به، فإنّ العرف ذاته قد اخترق هذا الدّليل، وسجّل حضوره بقوة وكثافة ضمن أحد أهمّ أقسامه، وعبر هذا المسلك فرض نفسه مصدراً في التشريع من جهة مثلما كان عاملاً من عوامل تطوّر الجدل حول دليل الاستحسان بين المذاهب الفقهية من جهة أخرى.

2-3-2- الاستحسان بالمصلحة:

لم تكن صلة العرف بالاستحسان مقتصرة على استحسان العرف فحسب، بل تعدّت ذلك لتخترق الأقسام الأخرى ومنها استحسان المصلحة، ويعني هذا القسم إخراج جزئية ما عن حكم القياس أو القاعدة لتحقيق مصلحة ورفع الحرج والمشقة عن الناس وتيسير معاملاتهم[1]. وقد استقطب هذا القسم اهتمام المالكيّة تبعاً لتقديمهم المصلحة دليلاً تبعياً مقدّماً على سائر الأدلّة المختلف فيها. وإذا كان مفهوماً تقديم ابن العربي لقسم استحسان المصلحة إلى جانب استحسان العرف بناء على هذا التقليد المذهبي، فإنّ سائر أئمة المالكية يميلون إلى المطابقة بينه وبين دليل المصلحة ذاته مثلما نرصد ذلك سواء لدى ابن رشد[2] أم الشاطبي الذي نصّ على أنّ قاعدة الاستحسان في مذهب مالك هي «الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلّي ومقتضاه تقديم الاستدلال المرسل على القياس»[3]. لكنّ الأخذ بالمصلحة في الاستحسان عندهم لا ينفصل عن مراعاة العرف إطلاقاً، فهو الوسيلة التي يتمّ عبرها تحقيق تلك المصلحة وهذا ما نجده في تعريف أصولي مالكي آخر

---

(1) الباحسين، يعقوب: «الاستحسان»، ص113.

(2) «ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل»، «بداية المجتهد»، ج3، ص201.

(3) الشاطبي: «الموافقات»، ج4، ص205-206.

هو ابن الحاجب (ت 646هـ/ 1249م)، الذي يعقد صلة متينة بين تحقيق المصلحة والعرف عبر الاستحسان قائلاً: «وقيل (الاستحسان) العدول عن حكم الدّليل إلى العادة لمصلحة النّاس»[1]. ويجد هذا التعريف صداه في الأحكام الفقهية التي وقعت فيها مراعاة العرف استحساناً من أجل تحقيق المصلحة ودرء المفسدة.

وتعدّ مسألة تضمين الأجير المشترك[2] أشهر المسائل المتصلة بقسم استحسان المصلحة وأكثرها قرباً إلى المجال العرفي اعتباراً لكونها عادة من عادات التجّار وعرفاً من أعراف المعاملات في أبواب الإجارة. وقد مالت المالكية والحنفية إلى تضمينه؛ أي جعله ضامناً لما تحت يديه وقت الاستئجار إذا تعدّى، لأنّ قبضه قبض ضمان، وفي ذلك مصلحة للنّاس لأنّه تصرّف في ملك غيره لمنفعة نفسه، فيما رفضت الشافعية ذلك قياساً على عدم تضمين الأجير الخاصّ إلا إذا تعدّى[3]. ويعدّ هذا المثال مظهراً من مظاهر تعديل العرف في التجارة ومعاملاتها بوساطة استحسان المصلحة عند الفقهاء[4]. وإضافة إلى ذلك تعرّض الكثير من فقهاء الحنفية لمسائل شبيهة

(1) جمال الدّين بن الحاجب: «منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل»، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1326هـ/ 1908م، ص155.

(2) الأجير المشترك هو الذي يكون عمله في يد نفسه لمستأجره مع عمله لمستأجر آخر كالقصّابين والخيّاطين في حوانيتهم والأجير المنفرد (الخاص) هو الذي يكون عمله في يد مستأجره كرجل دعا صانعاً إلى منزله ليصوغ له حُليّاً أو يخيط له ثوباً أو يخبز له خبزاً أو يختن ولده فينفرد الأجير بعمله في منزل المستأجر. راجع: الماوردي: «الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي»، ج7، ص225.

(3) (م.ن)، ج7، ص226-227.

(4) وهو ما يشهد عليه قول الشاطبي: «والخامس ترك الدليل لمصلحة كما في تضمين الأجير المشترك وإن لم يكن صانعاً، فإن مذهب مالك في هذه المسألة على قولين كتضمين صاحب الحمام الثياب، وتضمين صاحب السفينة، وتضمين السماسرة المشتركين، وكذلك حمال الطعام -على رأي مالك- فإنه ضامن ولا حق عنده بالصناع». الشاطبي، الاعتصام، ج2، ص141.

بهذه أدرجوها ضمن استحسان المصلحة، وكانت في صلة مباشرة بالواقع العرفي مثل إجازتهم إعطاء المشتري البائع رهناً معيّناً بالثمن المؤجّل عملاً بالعرف، على الرغم من مخالفته للقياس على النصّ الشرعي النّاهي عن بيع وشرط أو صفقة في صفقة[1].

إنّ استحسان المصلحة وجه من الوجوه التي تؤكّد رغبة الفقهاء في مواكبة الواقع والانسجام مع ما كان يقتضيه من حلول. وهذه الرغبة إن كانت تصطدم أحياناً بقيود النصّ وضوابط النقل فإنّها وجدت في ما كان يطرحه العرف من قواعد تتماهى مع رفع الحرج وتجنب المشقة والتيسير على النّاس بديلاً ممكناً جعلهم يتجاوزون المعضلات الأصولية المطروحة منذ المتقدّمين. ولذلك فشا تدريجياً في الفقه بعد القرن الخامس/ الحادي عشر الميل إلى تجاوز أحكام النصوص الجاهزة والاستئناس بالأعراف التي تتعامل مع الواقع بمرونة بحكم قانون الحاجة والضّرورة.

2-3-3- استحسان الضّرورة:

من أبرز أقسام الاستحسان، التي اعتنى بها الأصوليون من الحنفية على وجه الخصوص، استحسان الضرورة الذي كان يعني لديهم العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم آخر مخالف له ضرورة[2]. ومن أبرز أمثلته الحكم بطهارة الآبار والحياض بعد تنجّسها، على الرغم من أن القياس يحكم بعدم طهارتها، وهو ما يسبّب للناس حرجاً شديداً ومشقةً لا تحتمل[3].

ومثلما هو الشأن مع سائر أقسام الاستحسان، كان حضور العرف لافتاً للنّظر في هذا القسم انطلاقاً من كون الضرورة تستدعي دائماً وجود عرف

---

(1) البابرتي، شمس الدّين (ت 786هـ/ 1384م)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ج6، ص441.

(2) يعرّج السّرخسي على هذا القسم بالقول: «فالحاصل أنّ ترك القياس يكون بالنصّ تارة، وبالإجماع أخرى، وبالضّرورة أخرى». أصول السّرخسي، ج2، ص202.

(3) السّرخسي، (م.ن).

يستجيب لمقتضياتها. ولذلك لا غرابة في أن نجد أمثلة وقع تصنيفها ضمن الاجتهاد باستحسان الضرورة تنتمي إلى الأعراف الاجتماعيّة السائدة التي يتعامل بها النّاس في المجتمع، وأشهرها ما كان متصلاً بمجال المعاملات، مثل السماح بالتسعير في حالات اقتضاها العرف التجاري، وإجازة بعض أنواع البيوع العرفية التي تخالف النصّ والقياس ظاهرياً، ومن أبرزها مثال بيع الوفاء الذي كان يعني عندهم بيع شخص لآخر عقاراً أو غيره بمبلغ معين شرط أن يردّ له المبيع عندما يجيئه بالثمن المتفق عليه[1]. ولهذا أطلق عليه هذا الاسم لأنّ فيه عهد الوفاء من المشتري بأن يردّ له المبيع حين يقع ردّ الثمن. والظّاهر أن هذا النوع من البيع شاع منذ القرن الخامس/الحادي عشر حين بدأت تتفشّى ظاهرة الدّين في بعض مناطق المسلمين، فأجازوه في سمرقند وعَدُّوه مفيداً ونافعاً[2]. وانتشر عند أهل بخارى ومصر وقد سموه بيع الأمانة، وسمته الشافعية الرهن المُعاد[3].

وعلى الرغم من شيوع هذا البيع وإجازته عند الحنفية فإنّ طيفاً من الفقهاء رفضه اعتباراً لأنّه يخفي وراءه لوناً من ألوان الرّبا المستور. ويتمثّل ذلك، وفقاً لمصطفى الزرقا، في الحصول على منفعة من وراء القرض؛ إذ يدفع فيه الشخص مبلغاً من النّقود ويسميه ثمناً لعقار يسلمه صاحبه إلى دافع المبلغ الذي يسمّى مشترياً للعقار، لينتفع به بالسكنى أو الإيجار بمقتضى الشّراء، وشرطه أنّ صاحب العقار، بائعاً، عندما يرجع المبلغ المأخوذ يستردّ العقار. ومن ثمّ فإنّ ما يسمى مشترياً بالوفاء لا يستطيع أن يتصرّف بالعقار الذي اشتراه بل عليه الاحتفاظ بعينه كالمرهون[4]. ومع ذلك لم تمنع تلك الأسباب

(1) البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص236.
(2) (م.ن).
(3) ابن نجيم، الأشباه والنّظائر، ص79.
(4) الزرقا، مصطفى، نظام التّأمين، حقيقته، ورأي الشرع فيه، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط1، 1984م، ص36-37.

من إجازته باعتباره عقداً جديداً فرضته الحاجة الملحّة إليه. وبهذا المعنى إنّ الضرورة كانت تقتضي أحياناً اللجوء إلى أعراف وافدة لحل إشكالات عالقة في المعاملات، ولاسيّما إذا كان الواقع يسير نحو التأزم الاقتصادي والاضطراب الاجتماعي. وفي ذلك تتّفق الضرورة مع سمة من سمات العرف ألا وهي إطار التوافق بين مختلف الأطراف المتعاقدة من جهة، والنّزوع نحو مرونة المعاملة ولو على حساب النصّ الشرعي الذي يحرّم الرّبا من جهة أخرى. غير أنّ الضّرورة لا تعني دوماً الاستجابة الآليّة والتّامة للعرف السائد؛ بل يحدث أن يتعارض الاثنان بما يمكن أن يفرز إمّا حلاً جديداً وإمّا انغلاقاً فقهياً يؤول إلى الجمود بدل المرونة. والمثل في ذلك تجويز أخذ الأجرة على تعليم القرآن الذي عدّه الفقهاء متعارضاً مع العرف الاجتماعي السائد لكن الضرورة ألجأت إليه[1]. وهو ما أفرز خلق عرف جديد ناسخ لعرف قديم. ويُعدُّ هذا النسخ سمة من سمات العرف الجوهرية في المجال الاجتماعي بحكم استناد كيانه إلى العادة التي تجد في إحدى سماتها ما يعكس هذه الظاهرة. فميزة المرونة تجعله مستجيباً لمبدأ قابلية التحوّل وفقاً لعبارة بورديو (P.Bourdieu)، وعبر سمة التكرّر يُعاد إنتاج شروط العادة لتتوالد وتنشأ من جديد؛ لأنّ الحاجة ثابتة وطرق تحقيقها متغيّرة. وبهذا المنطق تنزع العادة إلى عملية إنتاج الأفكار الاجتماعية، ثمّ إعادة إنتاجها مع تغيّر الظروف وتطوّر المجتمع. فما إن يتوصل ذلك المجتمع إلى تخطّي هاجسٍ حتى يظهر له هاجس جديد محاولاً الإجابة عنه. وهكذا تتناسل العادات من بعضها،

(1) رأى الفقهاء الأوائل أن أخذ الأجرة عن تعليم القرآن يُعدّ من حيث العرف خرماً للمروءة وإساءة للظنّ بفاعله، لكنّ المتأخرين من المذهب الحنفي أجازوه للضّرورة، وتبعاً لذلك غدا أخذ الأجرة عرفاً جديداً بحكم الضرورة، راجع: الحاج، شمس الدّين بن أمير (ت 879هـ/ 1475م)، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1983م، ج2، ص244. وأبو حفص الحنفي، سراج الدّين (ت 773هـ/ 1372م)، الغرّة المنيفة في تحقيق مسائل أبي حنيفة، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط1، 1986م، ص118.

وتنبجس الأعراف الجديدة من القديمة بحكم قانون الضّرورة. ولذلك فإنّ استحسان الضرورة ينطوي على هذه الوظيفة التي يتجاوز فيها المجتمع أحياناً قيود الشرع ليخضع لقانون التغيّر الاجتماعي في الواقع.

من الواضح أنّ الحافز إلى ظهور دليل الاستحسان هو ما طرأ على المجتمعات الإسلامية المتعاقبة من تحوّلات حتمت على الأصوليين والفقهاء استنباط أدوات جديدة في الاجتهاد لتجاوز حالة الجمود الفقهي التي بلغته الثقافة الإسلامية في مرحلة ما من نموّها بحكم جمود آلية القياس التي أصبحت تتعارض مع مبدأ المرونة في التشريع. ولذلك وجدنا في الاستحسان ميلاً جدّياً إلى التعامل مع الواقع العرفي الذي كان يجد الحلول العمليّة لكثير من القضايا والمسائل دون عودة إلى النصّ. وعلى الرغم من أن القالب الأصولي الأولّ الذي أرساه الشافعي ظلّ مؤثراً في كثير من المواقف الرافضة لهذا الدّليل فإنّه لم يمنع الفقهاء من العمل به وإيجاد منفذ للتحرّر من قيوده، فكان تحرّراً عمليّاً عرف بما يسمى «طريقة الفقهاء» التي تخلّصت من الأحكام النّظرية وقدّمت حلولاً عمليّة عاجلة انطلاقاً مما كان يتوافر في الواقع من أعراف معطّلة القواعد الشرعية رفعاً للحرج وتيسيراً على النّاس.

خاتمة الفصل:

أبان لنا هذا الفصل عن وجود علاقات متينة وروابط عميقة بين الأدلّة التبعية والعرف تجلّت في مستويات متعددة، منها ما يتصل باختراق الأعراف لهذه الأدلة، ومنها ما يتصل بدورها في تشكيل مفاهيمها، ومنها ما ارتبط باشتراك في الحجية التي ألمحت إلى وجود تطابق بين الأدلّة في النهوض بوظيفة واحدة، تلك الوظيفة التي انتبه إليها الأصوليون انطلاقاً من تبلور الوعي لديهم بمبدأ التعليل بالحكمة الذي سيمهد السبيل لاحقاً إلى ظهور مفهوم المقصد الشرعي وتطوّره إلى حدود اكتماله منهجاً مع الشاطبي في آخر القرن الثامن للهجرة/ الرابع عشر للميلاد.

ويبدو أنّ تطوّر تلك الأدلّة على مدى ستة قرون قد أسهم فيه تطوّر النّظر في العرف من قبل الأصوليين، فالاستدلال نشأ منذ البداية مقيّداً بالمعاني الجزئية للنصّ، ثم تدرّج مع الجويني ليغدو استدلالاً بالمعاني الكليّة وُظّف فيه المفهوم العقلي والكلامي للعادة للبرهنة على «موافقة صحيح المنقول لصريح المعقول»[1] على حدّ عبارة ابن تيمية (والأشاعرة كافة)، ودرءاً لتعارض النصّ مع العقل وحفاظاً على المبادئ الإيمانية التي يقوم عليها جوهر الأصول في إثبات النبوّة والمعجزة. ولئن انتهى هذا الإسهام إلى بلورة مفهوم للاستدلال تملّص من قيود النصّ فإنه سمح بوجود فجوة لتبنّي الأعراف الاجتماعية في المسائل التي لا نصّ فيها، وإن ظلّ الفهم البياني متضمّناً لها في ما عرّفه البصري استدلالاً بالحقيقة العرفية، لكنّه توسع ليشتمل على الاستدلال بالاستصحاب الذي تلخّص معناه في التمسّك بالأصل عند عدم ما يوجب خلافه، وهو مظهر من اللجوء المقنّع وغير المباشر للعرف القديم من جهة، ومرآة عاكسة لبطء التحولات الاقتصادية والمادية في مجتمعات القرون الوسطى التي لم تعرف ثورة إنتاجية على غرار العصر الحديث من جهة أخرى، ثم اشتمل على شرع من قبلنا في مسعى لإضفاء الصبغة الشرعية والدّينية على الأعراف التي لم يرد بها نص قاطع، وكانت شائعة في الحواضر التي دخلت دار الإسلام حينها بما أكسب التشريع الفقهي مرونة أكبر في اقتباس التشريعات العرفية الدخيلة.

وعلى الرغم من الخلاف القائم بين الأصوليين حول دليل المصلحة فإنّ التعامل معه، سواء باعتباره دليلاً مستقلاً أم ضمن الاستدلال، كان يؤكّد حضور العرف القوي والبارز ضمنه سواء في مستوى التاريخ بأسبقية العمل به أم في مدونات الفقه وأبوابه وفتاوى كبار الفقهاء في مسائل تعارض فيها

(1) أكثر من اشتُهر بهذا القول هو ابن تيميّة في كتاب يحمل عنوان: درء تعارض النقل مع العقل، تحقيق محمّد رشاد سالم، جامعة محمد بن سعود الإسلاميّة، الرّياض، ط2، 1991م.

النصّ مع الواقع. وقد عكس هذا التوتر أحياناً تأزم العقل الأصولي كلّما تقدّم التّاريخ وتعقّدت مشكلات الواقع. فكان التناقض يتصاعد كلّما كان هناك ميل إلى تبنّي العرف في مقابل الحفاظ على الفهم البياني الموروث عن الحقبة التأسيسية مع الشافعي بخلفية كلامية إيمانيّة جعلته يتكلّس إلى قوالب أصولية جامدة. ومع ذلك تبدو طريقة الفقهاء التي تبنّاها الأصوليون في المذهب الحنفي، حين تخيّروا مبدأ الاستحسان، قد أوجدت لهم الإطار الأنسب لمعالجة قضايا الواقع المستجدّة عبر تبنّي العرف بوساطة هذا الدّليل. وهي الطريقة التي سيكون لها أثر بالغ بعد القرن الثامن حينما أخذ الاعتراف بالعرف أصلاً ودليلاً لديهم يتسع، ثم كان الأمر على ذاك المنوال لدى سائر المذاهب وإن بدرجة أقل.

إجمالاً، كان التعامل مع العرف انطلاقاً من هذه الأدلّة باعثاً على اكتشاف مواطن القصور التي أعاقت العقل الأصولي عن التفاعل مع تطور الواقع ومتغيرات التاريخ، وأهمّها إدراك محدودية القول باشتمال النص على كل الحلول الممكنة للطوارئ الحادثة. وهذا ما ألجأهم فعلياً إلى القواعد العرفية تحت صيغ أخرى برزت من خلال الأدلّة التبعيّة. وقد عكس هذا الوعي الشعور المتعاظم لديهم بوجود بون شاسع بين النصّ والواقع زاد من اضطرابهم، وهدّد بزعزعة المقولات الإيمانية التي قام عليها تأويلهم للنصّ. فكان أن ظهر لديهم تطلّع جادّ إلى درء ذلك التعارض أصولياً من خلال البحث عن الحكمة من التشريع خارج إطار التعبّد والإيمان والطاعة لله. فكان ذلك سبباً للتمييز بين القضايا الدينية والقضايا الدنيوية، واستكشاف ما يجمعهما وهو مفهوم المصلحة، وهذا ما مهّد تدريجياً لتشكّل مفهوم المقصد الشرعي إطاراً شاملاً للعبادات والعادات والمعاملات.



خاتمة الباب الثاني

يكتسي النّظر في علاقة العرف بسائر الأدلّة أهمية بالغة من خلال تجاوز الرؤية السطحيّة المختزلة التي جعلته دليلاً مجرّداً ومفرغاً من محتواه في الغالب. وتبيّن عدم اقتصار حضوره على الأدلّة الفرعية فحسب بل تتجاوز ذلك ليكون موجوداً في آليات فهم الخطاب الشرعي ذاته وهو أول أدلّة الأصول. ولئن بيّنا قيمة الثقافة الاعتزالية الموروثة في بناء رؤية نظرية حول الدلالة العرفية باعتبارها حقيقة من حقائق اللغة كونياً قبل أن تكون مسألة مقتصرة على اللسان العربي ودورها في إثبات عربية القرآن لمواجهة تيار العرفان الشيعي والصوفي، فإن توظيفها آل بالأصوليين إلى مفارقة بين مقولات إيمانية ترفض احتمال كلام الله لأي تحول دلالي، والقبول بذلك ضمن الفروع في إطار تخصيص آياته بهذه الدّلالة تنزيلاً لها في سياقها التاريخي بما يعني انشدادها إلى التاريخ والواقع الاجتماعي (عادة المتكلّم المرتبطة بعادة المجتمع).

ولئن انكشف هذا التعارض في تفكير الأصوليين المتكلمين خصوصاً مع الخلاف القائم مع الأصوليين الفقهاء (الأحناف) في مدى إجازة التخصيص بالعرف قولاً وعملاً، فإنّه أبان لنا وجهاً من وجوه الغموض المكتنف لعملية قراءة النصّ انطلاقاً من الدّلالة العرفية. ووضع تبعاً لذلك جملة من التساؤلات أمامنا حول حدود تلك القراءة البيانية المتذرّعة بمقولات كلامية تتناقض فيها المقدمات مع النتائج. فالإقرار بدور الدلالة العرفية سواء في

الإفهام أم في تحوير الدّلالة الوضعيّة الظاهرة يطرح علينا استفهاماً في خصوص عدد من الآيات التي اختلف فيها الفقهاء وكانت لها صلة بقضايا اجتماعية حسّاسة مثل حجاب المرأة أو الميراث. وهذا الخلاف إن كان متضمّناً رؤىً عقدية كلامية تتنازعها مقولتا «التوقيف» و«الخلق» في القرآن، فإنّها كانت تنطوي عن قضايا لم يثرها الضمير الديني الإسلامي إلا قليلاً، ألا وهي الطريقة التي وقع بها حمل الدلالات العرفية للعبارات لتغدو ذات دلالات شرعية نهائية ومطلقة. ففي قضية لباس المرأة، وعلى الرغم مما اكتنف الرّوايات الحافّة المنقولة عن الرسول في ما يخصّ عبارة ﴿مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [الأنعَام: 151] الواردة في مسألة إبداء الزينة في القرآن، فقد حُملت على الدلالة العرفية ومقتضى الحياة الاجتماعيّة لتصبح فيما بعد حكماً شرعياً ثابتاً على الرغم من اختلاف الناس في الأعراف وتغيّرها في الزّمن[1]. وفي مسألة الميراث أثارت عبارة «الكلالة»[2]، وفقاً للطبري، الكثير من الجدل حين نقل عشرات الرّوايات المختلف فيها[3]. وهي لا تخفي علاقتها بالدلالة العرفية المتغيرة من سياق إلى آخر، ولاسيّما في البيئة الشفوية التي لم تستقرّ فيها دلالات العبارات نهائياً ضمن مدوّنة كتابية صارمة ودقيقة، ومع ذلك

---

(1) راجع ما أثارته العبارة من تأويلات شتى بناء على المنقول مثلما أورد ذلك المشري، البشير: الموروث وأثره، ص242-243.

(2) ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ [النِّسَاء: 12].

(3) لا تتفق الروايات حول دلالة واحدة، فهي ما خلا الولد والوالد عند البعض، وما خلا الولد عند البعض الآخر، وما خلا الوالد عند آخرين. راجع: تفسير الطبري، ج8، ص53-62.

وقع الحسم لفائدة دلالة واحدة ونهائية انضوت ضمن الدلالة العامّة الملغية لدور السياق لفائدة الحكم الشرعي المنقطع عنه[1].

وفي مستوى علاقة العرف بسائر الأدلّة الكبرى لم يكن العرف مجرّد أمثلة مستعملة في السنّة التقريرية اختلف فيها الأصوليون من مؤيّدٍ لجعلها سنّة غير قابلة للتغيير، ومن رافضٍ جعلَها في صلة بأعراف اجتماعيّة متغيّرة لتبرز الدور الدنيوي للرسول باعتباره كائناً بشرياً متفاعلاً مع محيطه، بل أثمر توظيف المعارف العقليّة توسّعاً لدوره في إثبات موثوقية الأحاديث سواء في البرهنة على طرق التواتر أم في إثبات صدق الآحاد من خلال مفهوم قرائن الأحوال المحيل على مفهوم مستقر العادة. أما في الإجماع فقد تبدّى الغموض من اشتراكهما في شواهد الحجية إضافة إلى الاستحسان. وهذا ما طرح علينا سؤالاً: أنحن أمام دليل واحد بتسميات متعددة أم لا؟ أم الأصوليون وقعوا في مأزق أوحى إليْهم إمكان الاستئناس بأحكام البشر مع أحكام الله فوزعوا الدليل وقسموه إلى أدلّة؟ أم كان الدّافع إلى ذلك تكريس التقليد واستبعاد غير العلماء والمراجع المعترف بها من دائرة التشريع؟

وإذا كانت شروطهم لمراتب الإجماع ومن له الحق في ذلك قد استبعدت العرف من هذا الأصل أو حدّت من مجاله، فإنّ التداخل بين الدّليليْن بدا قائماً في مظاهر متعددة. فمن خلال مفهومهم لاطّراد العادات التي توجب معارضة الجماعة البشرية لكلّ من يخرق توافقهم يحصل موجب هذا الإجماع. وكان هذا منطلق الغزالي للردّ على نفاة الإجماع ومبطليه من

(1) يذكر محمّد عبده مثالاً على تحميل الدلالة العرفية أحكاماً تتعلق بالمساواة بين الرجل والمرأة، ومنها تنازل المرأة عن المساواة التامة بينها وبين الرجل، وتكليف الرجل بالقوامة عليها مقابل إسناد مكافأة لدخولها في عقد الزّوجية... يرد هذا الرّأي في سياق تفسير الآية: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ﴾ [النّساء: 34]. تفسير المنار، الهيئة المصريّة العامة للكتاب، القاهرة، 1990م، ج5، ص56.

الإماميّة، وفي تجويز ما استثني من أحكام النصّ من أعراف يقبلها المجتمع اعترافاً بالعرف عبر سلطة إجماع الفقهاء مثل بيع المعاطاة والاقتراض والدّيْن على الرغم من التباسه بدلالة الرّبا (ربا النسيئة). على أنّ الخلفية السياسية والإيديولوجية هي المظهر الأكثر بروزاً في الفقه السياسي لتعاضد الدّليليْن في بناء رؤية تجمع بين الديني والاجتماعي في الخلافة. ذلك أنّ الإجماع كان أهمّ أصل يستند إليه هؤلاء لمناهضة الإمامية التي تشدّد على النصّ. ومن ثم كان دليلاً تنفذ منه المعايير العرفية للخلافة مثل قرشية النّسب والذكورة والشرف، وذاك هو جوهر الرؤية السنيّة لفكرة الخلافة.

أمّا الصلة بالقياس وما تفرّع عنه من أدلّة أخرى مثل الاستدلال والمصلحة والاستحسان، فقد كان البحث في العلّة ومسالكها المدخل الذي أثار جملة من الإشكالات المتصلة بالعرف، وعلى الرغم من إقرار الأصوليين بأنّها لا تخرج عن كونها أمارات في النصّ -جعلها الله بياناً مرشداً للفقيه إلى الحكم الأصلي- فإنّه لم يمنعهم من البحث عن علل خارجة عنه انطلاقاً من إدراكهم أنّ العلل يمكن أن تكون عقليّة نابعة من قانون كونيّ هو قانون العادة ومجراها ومستقرها في الخلق. فكان الاعتراف بالحجية العقلية للقياس منطلقه قانون العادة الإلهي إضافة إلى ما وفّروه من شواهد نقليّة في ذلك. وبدا لنا أنّ ذلك كان منفذاً نظريّاً لدى الأصوليين يوحي بتماثل الدّليليْن في الوظيفة التشريعية الفقهية التي كانت غايتها مواكبة مبدأ التغيّر الاجتماعي الذي يعدّ بدوره قانوناً كونيّاً أثبته القدامى والمحدثون ناهيك عن المعاصرين. ومن ثمّ حضر العديد من الأمثلة العرفية في جزء من أركان القياس فأجازوا القياس بالعرف العملي، وهو مظهر جليّ لإجازة التخصيص به مثلما يظهر ذلك في إجازة قياس حكم بيع الأرز متفاضلاً باعتباره عرفاً جديداً على عرف عملي سابق هو بيع البرّ متفاضلاً، أو إجازة استئجار مرضعة قياساً على أعراف أهل المدينة عند المالكية في تخصيص الآية المتعلقة بإرضاع الأبناء في سورة البقرة. وكان لذاك الأثر في انفتاح

الأدلّة التبعية بشكل أوسع على العرف انطلاقاً من مفهوم الاستدلال على ما هو خارج الشرع الذي طوّره المتكلّمون لتظهر أدلّة تبعية أخرى مثل الاستصحاب بما يعنيه من الحفاظ على القواعد العرفية السابقة في ظلّ عدم توافر قواعد جديدة تتلاءم مع تأويل رسمي مسيّج بفهم مغلق للخطاب الشرعي مع نهاية القرن الخامس/ الحادي عشر، ومثل «شرع من قبلنا» الذي كان ينطوي في عمقه على تقديس أعراف الأجداد القدامى قبل الإسلام، ويعرّي عمق الكينونة الإنسانيّة في مظاهر القداسة الوثيقة التي تلازم دوماً علاقة الخلف بالسلف عبر التّاريخ.

ولئن تردّدت علاقة الأصوليين مع دليل المصلحة بين الرّفض والقبول، فإنّ دور الفروع الفقهية كان حاسماً في الاعتراف به ضمنه وضمن دليل الاستحسان. ويظهر أنّ ذاك القبول كانت دوافعه مقتضيات عرف اجتماعي كان يفرض نفسه في المعاملات على وجه الخصوص. وبرز لنا، من خلال تعامل الأصوليين مع هذا الدّليل، حجم التفاوت الذي غدا قائماً بين التنظير الأصولي الذي يلحّ دائماً على المقدمات الكلامية الإيمانية من جهة (بعد أن غدت الأشعرية العقيدة الرسمية للدّولة) وبين الفروع التي فتحت لنفسها باباً واسعاً لتبنّي العرف ضمن دليل الاستحسان والقبول بقواعد كانت تتعارض أحياناً مع قراءتهم للنصّ الشرعي. فأجازوا القرض والدّيْن وعدداً آخر من الأعراف التي استقرّت وتجذّرت في مواطنها الأصليّة قبل الفتح وألجأتهم الحاجة إلى التعامل معها.

وقد تكون دراستنا التحليلية الاستقرائيّة لعلاقة العرف بالأدلة الرئيسة والتبعيّة كاشفةً عن مواطن الخلل والقصور الذي عرفه العقل الأصولي في تصوّره لمصادر التشريع ووظائفها وإشكالاتها، وأهمّها التعارض التّام بين المقدّمات الإيمانية/ الكلامية التي كانت تتأسّس على فهم منغلق ومسيّج للمسلمات الدّينية، حين اعتقدت أنّ العادة ثابتة لا تتغير لأنّها من خلق الله، وبين التصور التشريعي الذي كان يدرك جيّداً تغيّر العادات وتقلّبها

واختلافها، وهو ما كان يحوجهم إلى أدلّة تواكبها لجعل التشريع مَرِناً مستجيباً للأسئلة المطروحة في الواقع، على أنّ قراءتنا لمنزلة العرف ضمن أدلّة الأصول قد لا تعكس الحقيقة الشاملة التي تبيّن تطوّر مفهومه ودلالته ووظائفه وتحوّلاته داخل علم الأصول. فذاك يقتضي منّا ذلك النظر في بعد آخر لعلم الأصول يقع تجاهله في العموم. وهو ما كان يحيط به من فنون لصيقة كان لها الأثر البارز في تطوّر تعاملهم مع هذا الدّليل. ونقصد بذلك أفقه الذي شمل داخل المدوّنة أبواب الاجتهاد والفتوى وفيما بينه وبين الفروع والواقع العملي مثل القضاء والقواعد الفقهية، ثم في ذروة تطوّره ومحاولة إصلاح مقولاته للخروج من أزمته الخانقة في منتهى القرن الثامن الهجري/ الرابع عشر الميلادي مع تشكّل نظريّة المقاصد للشاطبي.



الباب الثّالث

العرف في أفق الفكر الأصولي

تمهيد

كانت الغاية من عملنا في الباب الثاني التطلّع إلى استكشاف منزلة العرف في المنظومة الأصولية عموماً من خلال دراسة أوجه الصلات التي كانت تربطه بالأدلة الكبرى والصغرى وبيان دوره الرّاسخ في بنائها أدواتِها ونقلها من بعدها النّظري إلى مستواها العملي الذي يكسبها النجاعة التشريعيّة المطلوبة أثناء التطبيق الفقهي. وقد تكون تلك الغاية قاصرة عن بيان هذا الدور إذا ما ذهب في ظنّنا أن تطوّر مفهومه وكيفيّة توظيفه ضمن تلك الأدلّة، ناهيك عن دوره فيها، هو ثمرة جدلٍ نظري بين الأصوليين أنفسهم أو مجرّد انعكاس لانفتاح عفوي على الفروع. وهذا ما يجعلنا نفتقد فعلاً الحلقات المترابطة التي أسهمت في تشكيل صورة تبرز تطور التفكير الأصولي حول هذا الدّليل. وقد يقدّم لنا ذاك الظنّ انطباعاً على انعزال ذاك الفكر وتعاليه عن سياقات التفكير الفقهي الأخرى بعيداً عن البحث في الأدلّة والمصادر، ولعلّ البحث في ما أثارته إشكالات الاجتهاد والفتوى -وإن كانت مضمّنة في الأبواب الأخيرة للمدونات- قد يكون أهمّ الدّوافع التي حملت فعلاً هؤلاء الأصوليين على توسيع بحوثهم في الأدلّة وتنويعها على مدار مراحل متعددة ومتلاحقة. وقد تكون مشكلات التعامل مع العرف ذاته، باعتباره دليلاً واقعاً خارج دائرة النقل، من تلك الأسباب التي ساعدت الأصوليين على تطوير مباحثهم المركزية في مصادر الفقه. ولعلّ ما يكسب بحثنا الجدوى والمعنى وعينا بأنّنا أمام ظاهرة إنسانية دقيقة ومعقّدة يتداخل

فيها الفردي بالجماعي والفقهي بالاجتماعي والثابت بالمتحوّل، فيغدو أمراً واقعاً تواجهه كلّ أركان التشريع وفروعه كلّما كان العزم متجهاً إلى حلّ إشكالات الفقه. ولئن كان العرف دليلاً مهمّشاً ومصدراً غير معترف به ضمن مصادر الأصول، فقد ظلّ موجوداً ضمن آفاق المسائل الأصولية. وكان يفرض على الفقهاء إشكالاته ضمن قواعدهم، وقد استمرّ مسألة جدليّة في أفق تطور التفكير الأصولي الكلامي وامتداداته اللاحقة.

ومن خلال استكشاف طريقة التفكير حول العرف وتفهمها ضمن المسائل التي تقع على هامش المباحث المخصّصة للأدلّة والمصادر سواء داخل المدونة أو خارجها، أو مما يتفرّع عنها، أو في أفق التطور التاريخي للفكر الأصولي إلى حدود القرن الثامن للهجرة/ الرابع عشر للميلاد، يمكن أن نكوّن رؤية أكثر شمولاً لتمثّل الأصوليين لهذا الدّليل وإشكالاته التي كان يطرحها عليهم. وقد رأينا من المجدي أن نبوّب الفصول في هذا الباب إلى ثلاثة مستويات: الأول يبحث في إشكالية التعامل مع العرف ضمن مسائل الاجتهاد والفتوى والقضاء، والثاني يستكشف سبل معالجة العرف ضمن القواعد الفقهية التي لا يخفى ارتباطها بقضايا الأصول ومكانتها على الصعيد العملي في توحيد مواقف الفقه والإفتاء، والثالث يرفع الحجاب عن التصور المقاصدي للعرف ومآلاته في ذروة تطور علم الأصول على طريقة المتكلّمين.



الفصل الأوّل

في الصلة بين العرف والاجتهاد والفتوى والقضاء

مقدّمة:

لم تتضمّن المؤلّفات الأصولية إحاطة بأدلّة الأحكام ومصادرها فحسب، بل اشتملت على فصول مخصصة لبيان مفهوم الاجتهاد ومؤهلات المجتهد وكيفية الفتوى وقواعدها. ويرد الحديث في مثل هذه القضايا عادة ضمن الأقسام الأخيرة من تلك المؤلّفات. فالغزالي مثلاً ضمنها في الفصول المخصصة لكيفية استثمار الأحكام من مثمرات الأصول[1]. وهي فصول متصلة مباشرة بعمل الاجتهاد وبمجال عمل المجتهد ومدى قدرته على اكتساب استعمال الفكر في استنباط الأحكام واقتباسها من مداركها[2].

ويجدر الانتباه إلى أنّ الصلة بين مسائل الاجتهاد وأصول الفقه متضمّنة في تعريف العلم ذاته، فقد كان شائعاً لدى الأصوليين أنّ موضوع علم أصول الفقه هو العلم بالقواعد التي ترسم مناهج استنباط الأحكام العمليّة من أدلّتها التفصيليّة من جهة، وتبيّن كيفية استخراج الأحكام من الأدلّة التي يتمّ ترتيبها

---

(1) الغزالي، المستصفى، ج2، ص379.
(2) (م.ن)، ج2، ص7.

بحسب القوة من جهة أخرى[1]. فمن الطبيعي أن يكون من جملة ما ينشغل به هذا العلم الاهتمام بمسار الاجتهاد في شروطه ومجالاته وكيفية إجرائه في الواقع (الإفتاء) باعتبار أنّ «من جملة مقاصد الأصول تذليل طرق الاجتهاد للمجتهدين» بعبارة الغزالي[2].

وضمن هذا السياق اشتملت المدونة الأصولية على عدد من العبارات المفاتيح، التي تعكس في دلالتها الصلة القائمة بين غايات علم الأصول ومسارات عمل الاجتهاد، وأهمها عبارة «الاستدلال»، فقد ذهب ابن الحاجب إلى أنّ حصول العلم بالأحكام عن الأدلّة قد يكون بطريق الضّرورة كعلم جبريل والرّسول، وقد يكون بطريق الاستدلال أو الاستنباط كعلم المجتهد[3]. وجاء في تعريف البصري لأصول الفقه أنّه «طرق الفقه وكيفية الاستدلال بها وما يتبع كيفية الاستدلال بها»[4]. وأورد الجويني تعريفاً مشابهاً قائلاً: «هي العلم بالأدلّة التي ينبني عليها العلم بأحكام أفعال أهل التكليف»[5]. وبهذا المعنى إنّ الاجتهاد يغدو جزءاً من إشكاليات علم الأصول بما أنّ أداته هي كيفية الاستدلال على الحكم الشرعي واستنباطه.

وبغضّ النّظر عن ذلك، إنّ ما يهمّنا في هذا الفصل هو رصد أوجه الترابط التي تجمع بين العرف والاجتهاد من جهة وبينه بين الفتوى ومسائلها من جهة ثانية. ويبدو أنّ هذه الصلات من خلال مراجعة سريعة وظاهرية لمجمل الإشكاليات النظرية المتعلقة بمسألة الاجتهاد مستبعدة في الغالب أو جانبية وعرضية أحياناً، بما أنّ الشروط الكبرى والرّئيسة للاجتهاد، كما سنّها

---

(1) أبو زهرة، أصول الفقه، ص7ـ8.

(2) الغزالي، المستصفى، ج2، ص378.

(3) التفتازاني، سعد الدّين (ت 793هـ/ 1391م)، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، ج1، ص21.

(4) البصري، المعتمد، ج1، ص13.

(5) الجويني، الكافية في الجدل، ص27.

الأصوليون، لا تشدّد على أهميّة العرف في هذا المجال. إلّا أنّ مثل هذه المقاربة تبدو متسرّعة جدّاً، ولا تأخذ في الاعتبار قراءة النصوص الأصولية في حدّ ذاتها وتعدّد سياقاتها، إضافة إلى مختلف التغيّرات التي حفّت بتطور دلالات مفاهيم هذا العلم تبعاً لتغير الزمان والمجال. ولذلك فإنّنا نرى ضرورة رصد تطور مفهوم الاجتهاد بين مختلف الأصوليين على تنوّع مذاهبهم والشروط التي وضعوها في عمل المجتهد فضلاً عن مجاله لننفتح إثرها على باب الفتوى. وضمن هذا الرّصد يمكننا تبيّن الدور الذي اضطلع به العرف في هذا التطور وفي الخيارات التي سلكها الأصوليون في هذه المسألة.

1- العرف والاجتهاد:

منذ أن استقرّت المدوّنة الأصولية وشهدت تشكّلها النهائي والرّسمي في حدود القرن الخامس الهجري/الحادي عشر الميلادي تقريباً غدا الحديث حول الاجتهاد أحد أهم محاور الجدل الكبرى بين الأصوليين. وإذا كان مثال الغزالي في تقسيم مدوّنته الأصولية (**المستصفى**) نموذجاً كافياً من جملة سائر النماذج التي تبرز قيمة مسألة الاجتهاد في تفكير هؤلاء الأصوليين وداخل مباحث هذا العلم بتخصيص الأقسام الأخيرة له التي تعرض وجوهاً من الحالات والأوضاع الطارئة والحادثة التي لم تشتمل عليها النّصوص التأسيسيّة إضافة إلى الحديث عن الشروط الواجب توافرها في المجتهد، فإنّ الجيل الذي سبقه عرف المسار ذاته، ولاسيما مع آراء الشافعي الفقهية، ومن خلال جهود كلّ من البصري والشيرازي والجويني، لينتهي ذلك المسار معه بمزيد دعم هذا الشكل النّموذجي (Archetypal format) الذي تبنّاه معظم الأصوليين[1].

---

(1) النموذج الأصلي أو القالب الأصلي هو من مصطلحات علم تحليل الخطاب، ويعني التكلّس في مستوى التفكير أو التعبير وسيادة معتقدات وتمثلات قائمة على التصور المسبق. وهو يعتمد من الناحية الأسلوبية على الصيغ الجاهزة في التعبير وإسناد =

عالج الأصوليون ضمن هذه الفصول مفهوم الاجتهاد وما يلحق به، ومن أهمها شروط المجتهد. وهي تتعلق في الغالب بالمعرفة الدّينية واللغوية أو بمدى توافر الكفاءة التفسيرية المتمثلة في إحكام الرّبط بين الأحكام المستنبطة وإشارات النصوص التأسيسية وأماراتها. وهو المستوى الذي ينطلق منه النّظر في ما له علاقة بالعرف اعتباراً لأن عمل الاجتهاد في كنهه هو نظر في المسائل التفصيلية والفرعية والحوادث الطّارئة التي لا تجد حلولاً لها في النصوص القطعيّة. واعتماداً على تغير السياقات التاريخية والاجتماعية التي تفرض إعادة النّظر في المسألة إذا تغيّرت الحالة وتبدّل الوضع[1]. وانطلاقاً من معالجتهم لهذا الإشكال تكمن رؤية الأصوليين للعلاقة بين الطرفين، ولاسيما في ما ضمّنوه من تعريفات متعددة للاجتهاد.

1-1- العرف ومفهوم الاجتهاد:

يكاد يجمع أغلب الأصوليين على أنّ الاجتهاد هو «استفراغ الوسع في

= الدلالة إلى الحسّ المشترك. ومن الناحيتيْن النفسية والاجتماعية إلى رسوخ صور مسبقة تقريبية وباتة حول الأشياء والكائنات تحت تأثير الوسط الاجتماعي. وبحسب أموسي، إنّ هذا القالب لا يبرز إلا حين يجمع المتكلّم في الخطاب شتاتاً من العناصر الناقصة غالباً ليعيد بناءها طبقاً لمنوال ثقافي مسبق الوجود، ويقابله في الفرنسية مصطلح: (stereotype). راجع: شارودو (باتري) ومونغنو (دومنيك)، معجم تحليل الخطاب، تعريب حمادي صمود وعبد القادر المهيري، دار سيناترا والمعهد الوطني للترجمة، تونس، ط1، 2008م، ص528-532.
وكذلك:

Ayman Shabana, "Custom in Islamic Law and Legal Theory", p.217.

(1) وهو ما يطابق قول الجصّاص: «فأخبر ﷺ أن جواز الاجتهاد مقصور على عدم النص المتوارث عن الصدر الأول ومن بعدهم من فقهاء سائر الأعصار إذا ابتلوا بحادثة طلب حكمها من النص، ثم إذا عدموا النص فزعوا إلى الاجتهاد والقياس، ولا يسوغون لأحد الاجتهاد واستعمال القياس مع النص». الفصول في الأصول، ج2، ص319.

استنباط الحكم الشرعي الذي لا نصّ فيه»[1]، مثلما نلمحه عند كلّ من الغزالي والآمدي والرّازي[2]. وإنْ كان هذا التعريف قد اشتمل على شرط أوليّ هو بذل الطاقة من أجل بلوغ الغاية الأسمى وهي طلب الحكم الشّرعي غير المنصوص عليه، فإنّه عرف قبل التوصّل إليه جدلاً حول إمكانيّة تطابقه مع مبدأ القياس. وهذا الرأي تبنّاه الشافعي ضمن مسعاه إلى تقييد شروطه وضبطها والحدّ من استرسال دلالته وإطلاقها[3]. وتوّجه برفض الاستعمال المباشر والحرّ للمنطق وطرق البرهنة والاستدلال التي لا تستند إلى نصّ شرعي قاطع انطلاقاً من مسلمته الكبرى التي يقول فيها: «كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم»[4]. وبناء عليه غدا الاجتهاد لديه متطابقاً مع القياس[5].

---

(1) العريس، هلال، مقال «الاجتهاد والتقليد»، مجلة الاجتهاد، العدد التاسع، السنة الثالثة، خريف 1411هـ/ 1990م، بيروت، ص116.

(2) يقول الغزالي: «لكن صار اللفظ في عرف العلماء مخصوصاً ببذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة والاجتهاد التام أن يبذل الوسع في الطلب، بحيث يحس من نفسه بالعجز عن مزيد طلب». المستصفى، ج2، ص382. ويقول الآمدي: «وأما في اصطلاح الأصوليين فمخصوص باستفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه». الإحكام، ج4، ص169. ويقول الرّازي: «وأما في عرف الفقهاء فهو استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه، وهذا سبيل مسائل الفروع، ولذلك تسمى هذه المسائل مسائل الاجتهاد والناظر فيها مجتهد وليس هذا حال الأصول». المحصول، ج6، ص6.

(3) وهو ما كان سائداً طول القرنين الأولين للهجرة حينما لم تكن هناك أيّ موانع تطرح على الفقهاء من أجل تقديم آرائهم الشخصية والفرديّة حول القضايا المطروحة في عصرهم ومصرهم، غير أنّ هذا الوضع طفق يشهد جملة من التغييرات في أواخر تلك المرحلة لمّا أثيرت مسألة المؤهلات التي ينبغي أن تتوافر في القائم بعمل الاجتهاد. راجع مقال «اجتهاد»، لـ: د.ب. ماكدونالد (D. B. Macdonald)، دائرة المعارف الإسلامية (النسخة الفرنسية)، 1990م، المجلد الثالث، ص1052.

(4) الشافعي، الرّسالة، ج3، ص476.

(5) (م.ن).

ويقدّم هذا الاستنتاج دليلاً واضحاً على إقصاء السياق الاجتماعي أو استبعاده بشكل جزئي والتقليل من أهمية دوره في صياغة الحكم الفقهي المستنبط من تحليل الوضع أو الحالة التي تطرح على الفقيه أثناء اجتهاده؛ لأنّ المطلوب هو الوفاء لمنطوق النصّ التأسيسي وأحكامه القطعية أو أماراته الدّالة عليه(1).

وقد مثّلت تلك المقدمات إطاراً عاماً لمفهوم الاجتهاد، وغدت ممّا هو شائع في التراث الفقهي والأصولي الإسلامي. غير أنّ ذلك لم يمنع بعض الأصوليين اللاحقين من تعديل الرؤية في اتجاه اعتبار دور السياق الاجتماعي والتاريخي في عمل الاجتهاد ومفهومه. وقد وجدنا في جملة التعريفات والحدود ما وضعه الجصّاص ليؤكّد تطور فهم الأدلّة من جهة، والوعي بدور العرف في تشكيل مفهوم موسّع للاجتهاد لا يتطابق بالضّرورة مع القياس من جهة أخرى(2).

وردت آراء الأصولي الحنفي في الاجتهاد متناثرة بين فصول مدونته

---

(1) استنتج عبد المجيد الشرفي أنّ ما ترتّب على مفهوم الشافعي للاجتهاد بمطابقته، حين جعله متطابقاً مع معنى القياس وقيّده بمسلمة «كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم»، هو تحويل النصّ التأسيسي (القرآن والسنّة) إلى كتاب يحتوي على قائمة من الوصفات والأحكام الجامدة التي يتعيّن تطبيقها حرفيّاً دون البحث عن الغاية منها أو علّة سنها، ومدى ما ينجرّ عنها من مصالح، وعلى أهميّة هذا الرّأي وصوابه في جوانب عديدة إلا أنّه يبدو أقرب إلى التعميم، لأنّ اللاحقين للشافعي سوف يكون لديهم منزع إلى بناء الاجتهاد وفقاً لمفهوم المصلحة فضلاً عن مراعاة السياقات التاريخية والتغيرات الاجتماعية، وهو ما سنعرض له لاحقاً في هذا الفصل. راجع: الشرفي، عبد المجيد، لبنات، دار الجنوب للنشر، تونس، (د.ط)، 1994م، ص153.

(2) للجصّاص قيمة مهمّة في تاريخ الأفكار الأصوليّة، فقد عُدَّ الحلقة الرّابطة بين المرحلة التأسيسية والمراحل اللاحقة في القرن الخامس على وجه الخصوص، وقد يكون ممهّداً لمرحلة التوسّع العقلي في أدلّة الأصول. راجع مقال حمادي ذويب: «تجديد أصول الفقه الحنفية: أبو بكر الجصّاص أنموذجاً»، موقع «مؤمنون بلا حدود» الإلكتروني، (www.Mouminoun. com.) بتاريخ 22/ 2/ 2014م.

الأصولية، وأظهرت تراوحاً بين الحفاظ على آراء الشافعي التأسيسيّة وإدخال جملة من التعديلات عليها لجعلها مرنة وقابلة لمواكبة تطوّر الواقع وتغيّر الأوضاع الاجتماعية للمسلمين وتبدلها زماناً ومكاناً. ولئن حافظ في تعريفاته على دور القياس في الاجتهاد، الذي كان يعكس حرص الأصوليين على تقييد كل تأويل بالنّص الشرعي (الأصل) شرطاً أوليّاً لاستقامة الاجتهاد ذاته (وهو موقف متناغم مع رؤية الشافعي التأسيسية من جهة، وعاكس لتطور منزلة القياس في حقبة الأصولي الحنفي ومذهبه من جهة أخرى[1]، فإنّ ذلك لم يكن يغني عن التوسّع في دلالته كي تشتمل على مبدأ مراعاة التغيّر في أحوال النّاس وعاداتهم ونمط معاشهم ليقترب تدريجيّاً من ضبط مفهوم جديد يتخذ من العرف إطاراً خارجياً يغدو فيه الاجتهاد عملاً متحرّراً من قيود النصّ. ويتبدّى لنا ذلك انطلاقاً من ربطه بمبدأ ظنّ المجتهد[2]، وهو ما يعني مراجعة موقف التوقيف المتصل مباشرة بما هو قطعي؛ أي بما هو موجود في الخطاب الشرعي وحياً أو إجماعاً[3]. ووفقاً لهذا المعنى يغدو الاجتهاد متخصصاً في العرف الشائع بأحكام الحوادث التي ليس لله تعالى عليها دليل قائم موصل إلى العلم بالمطلوب منها. وتتيح هذه المقدّمات إمكانيّة الفصل بين الاجتهاد والقياس وذلك في المعنى الثاني الذي رصده[4]. ومن ثمّ قد

---

(1) «الاجتهاد، وهو فيما لم نكلف فيه إصابة المطلوب، وذلك ينقسم ثلاثة أقسام: أحدها استخراج علة من أصل يرد بها علة الفرع، ويحكم له بحكمه، وهو الذي نسميه قياساً». الجصّاص، الفصول في الأصول، ج4، ص17.

(2) «الاجتهاد اسم اختصّ في العرف وفي عادة أهل العلم، بما كلّف الإنسان فيه غالب ظنّه ومبلغ اجتهاده دون إصابة المطلوب بعينه». (م.ن)، ج4، ص11.

(3) وهذا ما عبّر عنه في القول الآتي: «قد يكون الإجماع عن توقيف ويكون عن استخراج فهم معنى التوقيف، فمنه ما علم وجه التوقيف فيه، ومنه ما لا يعلم، لعدم النقل فيه، ويكون أيضاً عن رأي واجتهاد». (م.ن)، ج3، ص277.

(4) «والضرب الآخر من الاجتهاد: هو ما يغلب في الظن من غير علة يجب بها قياس الفرع على الأصل، كالاجتهاد في تحرّي جهة الكعبة لمن كان غائباً عنها، وكتقويم =

يحملنا هذا الاستنتاج، الذي يحرّر تقيّد مفهوم الاجتهاد بدلالة القياس، إلى إدراك وجود صلة بين الاجتهاد باعتباره عملاً فكرياً وعقليّاً ودينياً قائماً على مبدأ التكليف والتعبّد في المستوى الأول، والمجال الذي ينشغل به ألا وهو الواقع، ومن جملته عادات الناس «مثل تقويم المستهلكات وجزاء الصيد والحكم بمهر المثل ونفقة المرأة والمتعة ونحوها» في المستوى الثاني[1].

لقد حملت هذه المواقف عدداً من الفقهاء الأصوليين، ولاسيما من المذهب الشافعي، إلى تعديل رؤيتهم لمفهوم الاجتهاد وتوسيع دلالته إلى غير القياس، ومن أبرزهم الشيرازي[2]. أما الماوردي فقد حاول تصحيح رؤية الشافعي معتبراً أنّ ما نُقل عنه هو فهم غير دقيق لمراده مبرزاً الفرق بين الاثنين[3].

ويتبيّن لنا أنّ تطور رؤية الأصوليين لمفهوم الاجتهاد قد حسمته عدّة اعتبارات أهمّها أنّ القياس غدا منذ نهاية القرن الرّابع/العاشر محلّ نقد من

= المستهلكات، وجزاء الصيد، والحكم بمهر المثل، ونفقة المرأة والمتعة ونحوها. فهذا الضرب من الاجتهاد، كلفنا فيه الحكم بما يؤدي إليه غالب الظن، من غير علة يقاس بها فرع على أصله». (م.ن)، ج4، ص12.

(1) (م.ن)، ج4، ص12.

(2) قال أثناء تعرّضه للقياس: «وأما من قال: إنّه الاجتهاد فليس بصحيح، لأنّ الاجتهاد هو النّظر في الأدلّة وبذل المجهود في طلب الحكم، وذلك لا يختصّ به القياس بل يكون في القياس وفي غير القياس...». الشيرازي، شرح اللّمع، ج2، ص755-756.

(3) في قوله: «وزعم ابن أبي هريرة أنّ الاجتهاد هو القياس ونسبه إلى الشافعي من كلام اشتبه عليه في كتاب الرسالة. والذي قاله الشافعي في هذا الكتاب: إن معنى الاجتهاد معنى القياس يريد به أن كل واحد منهما يتوصل به إلى حكم غير منصوص عليه، والفرق بين الاجتهاد والقياس: أن الاجتهاد هو ما وصفناه من أنه طلب الصواب بالأمارات الدالة عليه، والقياس هو الجمع بين الفرع والأصل لاشتراكهما في علة الأصل، فافترقا، غير أن القياس يفتقر إلى اجتهاد، وقد لا يفتقر الاجتهاد إلى القياس على ما سنوضحه، فلذلك جعلنا الاجتهاد مقدّمة للقياس». الماوردي، الحاوي الكبير، ج16، ص118.

قبل عدد من الأصوليين الذين باتوا يرفضون ما انجرّ عنه من توسّع دائرة الشقاق والنزاعات بين مختلف الفقهاء ومذاهبهم، وما أدّى إليه من انخرام في الوضع السياسي والاجتماعي للمسلمين. وقد بدا ذلك جليّاً في مواقف ابن حزم الظّاهري انطلاقاً من القرن الخامس/الحادي عشر، حين شنّ حملة كبرى على من اتخذ القياس أداة من أدوات التفكير الفقهي واستنباط الأحكام[1]. ولئن كانت مواقفه متشددة إلى حدّ بعيد فإن سائر الأصوليين قد سعوا إلى إعادة النّظر في مفهوم الاجتهاد ذاته انطلاقاً من الوعي بأهمية مبدأ التغيّر الذي يحصل في الواقع، وهو ما أجمله الجويني في معادلته المعروفة بتناهي النصوص ولا تناهي الحوادث.

وإذا أمعنّا النّظر جيّداً في مختلف التعريفات التي وردت على لسان الأصوليين عن الاجتهاد، وقارنّاها بما ضبطوه في حدّهم للعرف، حين أجملوا تعريفه في صفة القبوض والإحراز والنفوذ كما ذكر السمعاني، وفيما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول وفقاً للامشي[2]، فإنّ الإطار الجامع بينهما هو بمجال العقليات أولى من الشرعيّات وبمجال الفروع أطغى من الأصول؛ وقد وجدنا في ذلك إحالات عديدة على هذا المعنى منها ما يتعلق بمفهوم الاجتهاد ذكره الشافعي في قوله: «فقال: كيف الاجتهاد؟ فقلت: إن الله جل ثناؤه منّ على العباد بعقول، فدلهم بها على الفرق بين المختلف، وهداهم السبيل إلى الحق نصاً

(1) ويظهر ذلك في تعريفه لمفهوم الاجتهاد الذي يرفض اقترانه بالقياس بقوله: «والاجتهاد ليس قياساً ولا رأياً وإنما الاجتهاد إجهاد النفس واستفراغ الوسع في طلب حكم طلب النازلة في القول والسنة فمن طلب القرآن وتقرأ آياته وطلب في السنن وتقرأ الأحاديث في طلب ما نزل به فقد اجتهد، فإن وجدها منصوصة فقد أصاب فله أجران أجر الطلب وأجر الإصابة، وإن طلبها في القرآن والسنة فلم يفهم موضعاً منهما ولا وقف عليه وفاتت إدراكه فقد اجتهد فأخطأ فله أجر». ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج7، ص114.

(2) راجع الفصل الثاني من الباب الأول المتعلّق بحد العرف لغة واصطلاحاً.

ودلالة»[1]. وانطلاقاً من هذا الشاهد نتبيّن أنّ الشافعي الذي عقد صلة وثيقة بين الاجتهاد والقياس كان مدركاً أنّ «الاستدلال» هو أهم طرق الاجتهاد، ولذلك نرى أن الاجتهاد لا يوجد إلا في غياب الدّليل النقلي وانعدام النصّ الشرعي، ويعني ذلك أنّ مراد المجتهد في طلب الحكم هو السعي إلى الاستدلال عليه «لأنّ ما كان لله عزّ وجلّ عليه دليل قائم لا يسمّى الاستدلال في طلبه اجتهاداً»[2]. وإذا عرفنا أن الاستدلال هو وسيلة الاجتهاد الكبرى فإنّه «يصحّ إطلاق لفظ الاستدلال على العقليّات والشرعيّات جميعاً، لأنّنا نقول: استدللنا على حكم الحادثة من طريق القياس، ومن جهة الاجتهاد، وإنّما سُمي ذلك استدلالاً فيما كان من باب الاجتهاد مجازاً لا حقيقة»[3].

وبناء على ما ضبطه الجصّاص فإنّ الاجتهاد «قد اختصّ في العرف بأحكام الحوادث التي ليس لله تعالى عليها دليل قائم يوصل إلى العلم المطلوب منها»[4]. ويجمل هذا التعريف الصلة الواضحة بين الاجتهاد والعرف، فالحوادث هي مجال الاجتهاد الذي يستقرّ به العرف اعتباراً لشهادة العقول به وقبول النّفوس له، وهي من الفروع لا الأصول (النصوص القطعية)، وكذلك هي الأعراف والعادات والمصالح واستصحاب الحال في منظومة تفكير الأصوليين. أمّا الاستدلال فهو وسيلة الاجتهاد الكبرى التي تنتمي إلى العقل، وهو مجال يقبع فيه العرف الذي يحيل على مستقر العادات ومجاريها.

وفي هذا المستوى، ومن خلال تطور الجدل حول التعريفات يمكن أن نتبيّن بعض الصلات الخفيّة التي تجمع الاجتهاد بالعرف بما يفتح المجال لتصوّر آخر يولي قيمة التغيّر والتبدّل الطارئة على الواقع العملي إزاء

---

(1) الشافعي، الرّسالة، ج3، ص501.
(2) الجصاص، الفصول في الأصول، ج4، ص11.
(3) (م.ن)، ج4، ص12.
(4) (م.ن)، ج4، ص11.

النصوص المتناهية أهمية. ولعلّ أكبر ميزة جامعة بينهما هي ما يتعلّق بصفات التغيّر والتبدّل. فالعرف مثلما أوضحنا ذلك في تعريفاته النّظرية يتوافر على صفة المرونة، ومن ثمّ قابليّة التغيّر والتبدّل والانسجام مع أوضاع تتقلّب مع الزمان. وفي مستوى هذه الميزة يجعل الجصّاص الأصولي المتشبع بمبادئ مذهبه الحنفي الفقهية وآراء المعتزلة الكلاميّة الاجتهاد سائغاً «فيما يجوز فيه النّسخ والتبديل وورود العبارة فيه بأحكام مختلفة، تارة بحظر، وأخرى بالإباحة، وأخرى بالإيجاب، على حسب ما يعلم الله تعالى لنا فيه من المصالح»[1]. وهنا تتبدّى الغايات الكبرى والمرامي العظيمة للاجتهاد ألا وهي تحقيق مصالح الأنام، ودون شك إن للعرف مكانة في ذلك مثلما أبرزناه في العلاقة بينه وبين المصلحة سابقاً.

ومع ذلك، إنّ الإشكال الذي ظلّ يرافق هذا الجدل الطويل على مدى قرون بين الأصوليين هو إصابة الحق أو حقيقة الحكم انطلاقاً من إفاضتهم في الحديث عن مسألة تصويب المجتهد التي حسموها بالتفريق بين مجالين: مجال العقيدة مثل وجود الصانع وحدوث العالم وقدمه وخلق الأعمال وإرادة الكائنات، وهي التي يجوز فيها تصويب المجتهد، ومجال المظنونات التي تعرى عن النّصوص والإجماع، وليس فيها حكم معيّن، فإن للناظر فيها الطلب والاجتهاد باتباع غلبة الظنّ لديه. وهو الموقف الذي حسم به الجويني الجدل حول التصويب والتخطئة في الاجتهاد[2].

---

(1) (م.ن)، ج4، ص13.

(2) في قوله: «ولأنّ الاجتهاد ليس هو إلا طلباً فيه غلبة ظن، وإذا أنتج غلبة الظن فقد أتم المقصود، وإنهاء الاجتهاد نهايته مما يستحيل أن يخاطب به فإن غايته مجهولة ليست معلومة مفهومة مضبوطة، فالأمر بإنهائه إلى نهاية غير مضبوطة تكليف ما لا يطاق، وإذا لم يكلف ذلك فقد أدى من الاجتهاد ما أفاد غلبة الظن، والشرع أوجب عليه العمل بموجبه فيبعد أن يوجب الشرع عليه عملاً، ثم يحكم بأنه مخطئ (فيما) أوجب الجريان عليه» الجويني، البرهان، ج2، ص1323.

لقد ترتّب على هذا الجدل البحث عن شروط المجتهد المصيب والمؤهلات التي ينبغي أن تتوافر فيه للاضطلاع بهذه المهمّة. ولئن اصطبغت بصبغة إيمانية عقائدية تعكس منزع المحافظة، فإنّ ما أثارته من قضايا فرعية مثل إشكالية التجديد والتقليد قد أبرزت لنا تصورات متعددة كان فيها للعرف دور محوري في ضبط تلك الشروط، على الرغم من عدم الإحالة عليه مباشرة.

1-2- العرف وشروط الاجتهاد:

ضبطت المدونة الأصولية جملة من الشروط تحدّد كفاءة المجتهد وتؤهّله للقيام بهذه المهمّة، وقد حدّد الأصوليون منذ الشافعي شروطاً صارمة كان غالبها يتصل مباشرة بمجال العلوم الدينية مثل حفظ القرآن ومعرفة السنّة والاطّلاع على إجماع الصحابة والتّابعين، إضافة إلى التمكّن التّام من اللغة العربيّة وبلاغة خطابها، ولئن عرفت هذه الشروط جدلاً بين الأصوليين أنفسهم، وخصوصاً فيما تعلّق منها بمعرفة المجتهد للكتاب كلّه أم لآياته المتعلّقة بالأحكام، فإنّ ما ساد لدى معظمهم هو التشبث بالموقف المثالي القاضي بضرورة معرفة كل الكتاب[1]. ويبدو أنّ غلبة المنهج الفقهي الذي دشنه الشافعي منذ اللحظات التأسيسيّة كان له دور في تشدّد الأصوليين ومطالبتهم بضرورة توافر مثل هذا الشّرط الذي أضيف إليه معرفة السنّة النبوية والمواضع التي يتعلّق بها ذكر الأحكام في الحلال والحرام. وهو شرط يلخّص تأثير أهل الحديث في التفكير الأصولي منذ بداياته في إعلاء مرتبة السنة ومساواتها بالقرآن[2]. ومن ضمن الشروط الأخرى معرفة الإجماع، إذ

---

(1) تبنّى الجويني والغزالي موقف الاكتفاء بمعرفة آيات الأحكام فيما ذهب القرافي إلى ضرورة معرفة الكتاب كله لأنّ «استنباط الأحكام إذا حقّق لا يكاد تعرى عنه آية». راجع: الجويني، التلخيص، ص125. الغزالي، المستصفى، ج2، ص383. القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص437.

(2) شروط الاجتهاد عند الشافعي معرفة الحديث مثل معرفة القرآن، راجع: العكبري، =

لا يسمح للمجتهد بمخالفة ما أجمع عليه العلماء، بل عليه التفكير واستفراغ وسعه ضمن دائرة ما أقرّه إجماعاً علماؤه السّابقون[1]. ومن الطبيعي أن يكون هذا الشرط مفصلاً أساسيّاً فيما يتعلّق بمسألة غلق باب الاجتهاد الذي أصبح مسلمة محسومة لدى الأصوليين انطلاقاً من القرن الرّابع الهجري/العاشر الميلادي، فقد توصلت الغالبية من أعلام المذاهب الإسلاميّة الكبرى إلى نتيجة مفادها أنّ جميع القضايا الأساسيّة والشائكة قد تم الفصل فيها نهائيّاً عبر الإجماع. وشيئاً فشيئاً نشأ رأي عام بينهم حول الصفات الضرورية المستوجبة لدى الفقيه والمجتهد، التي لا تخرج عادة عن مجرّد الشرح وبيان كيفية تطبيق الأحكام التي استنبطها السّابقون[2].

وإلى هذا الحدّ ينبغي أن نسجّل جملة من النتائج التي انعكست على مسار التفكير الفقهي والأصولي في مستوى العلاقة بالعرف هي:

- أولاً: أنّ تلك الشروط أحدثت شرخاً بين الاجتهاد الفقهي والواقع، وغدا تأويل النصّ الديني لا يشتمل إلا على البحث عن الأحكام الفقهية التي تقيّد سلوك المسلم وتضبط تفكيره على نحو ما أقرّه السابقون من الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب. وقد أدّى هذا الشرخ إلى انقطاع التفكير الفقهي والأصولي عن الواقع. ولا عجب أن يتسع مجال استعمال القياس أداة من

= الحسن بن شهاب، رسالة في أصول الفقه، تحقيق موفق بن عبد الله بن عبد القادر، المكتبة المكيّة، مكة، ط1، 1992م، ص126-127. البغدادي، أبو بكر، الفقيه والمتفقّه، تحقيق عادل بن يوسف العزازي، دار ابن الجوزي، الدّمام، ط1، 1996م، ج2، ص534-535. ذويب، جدل الأصول والواقع، ص774.

(1) «وثالثها الإجماع فليعرف مواقعه حتى لا يفتي بخلافه ولا يلزمه حفظ جميعه، بل كل مسألة يفتي فيها يعلم أن فتواه ليست مخالفة للإجماع وإنما يوافقه مذهب عالم أو تكون الحادثة مولدة ولا بد مع ذلك أن يعرف الاختلاف. ذكره الشافعي في الرسالة وفائدته حتى لا يحدث قولاً يخالف أقوالهم فيخرج بذلك عن الإجماع». الزركشي، البحر المحيط، ج4، ص491.

(2) Hallaq, "was the gate of IJTIHAD closed". p.3.

أدوات توسيع حكم النصّ إلى الحوادث الفرعية الطّارئة. ومن الطبيعي ألا تكون معرفة الأعراف من الشروط الضرورية التي ينبغي أن تتوافر في المجتهد طبقاً لهذا التأويل. فقد أدرك المتأخرون هذه الحقيقة وهي من العواقب الوخيمة التي أدّت إلى انقطاع الاجتهاد وتوقفه بعد أن فُصل عن الواقع بمقتضى هذه الشروط، فجعلته منحصراً في ما يمكن تلخيصه أو شرحه من مواقف السلف واجتهادات التابعين وأئمة المذاهب وإقصاء الخلف عن الإسهام في عمليّة الاجتهاد ومواكبة الواقع والمستجدّات[1]. ومن ضمن هؤلاء أبو زيد الدّبوسي (ت 430هـ/ 1039م) والعزّ بن عبد السّلام (ت 660هـ/ 1262م) اللذان رفضا التقليد المذهبي وشنّا حملة على المتعصبين لها[2].

ثانياً: على الرغم من مواقف الأصوليين السلبية من ظاهرة التقليد التي يرونها متعارضة مع مبدأ الاجتهاد ذاته[3]، فإنّ الواقع العملي أثبت خضوع غالبية المسلمين لهذه الظاهرة بعد أن رسّخت المذاهب الإسلامية في نهاية القرن الثالث الهجري/التاسع الميلادي أنّ الشريعة غدت مفصّلة، وأن الاجتهاد لا يمكن أن يقع خارج أطرها الثابتة. ومنذ ذلك الحين أصبح الحديث عن شروط الاجتهاد يشتمل على تصنيف للمجتهدين بين المجتهد المطلق، وهم رؤساء المذاهب ومؤسسوها الذين لم يكونوا مقلّدين، ومجتهدي المذهب أو الفتوى، وهم الذين ينبغي أن يخضعوا للتقليد[4].

---

(1) ذويب، جدل الأصول والواقع، ص775.

(2) (م.ن)، ص776-777.

(3) أغلب الأصوليين كانوا يعارضون تقليد العالم للعالم، ومن ضمن هؤلاء الشافعي الذي ينسب إليه المزني (ت 264هـ/ 878م) نهيه عن تقليده وتقليد غيره، وكذلك ابن حزم وابن تيمية وابن قيم الجوزية. راجع: المزني، إسماعيل بن يحيى، مختصر المزني، تحقيق محمد زهري النّجار، دار المعرفة، بيروت، ج8، (ملحق بكتاب الأم للشافعي)، ص93.

(4) يطلق عليهم في المجال السنّي المجتهد في عموم الأحكام وهو المطلق، والمجتهد =

ويظهر أثر النتيجة الثانية بشكل واضح في موقف الأصوليين الصريح في إجازة تقليد العامي للعلماء الذي نبع من موقف إقصائه عن دائرة الاجتهاد. ولئن اشتركت كلّ من السنّة والإمامية في هذا الموقف مثلما عبّر عن ذلك كلّ من الباجي والطّوسي[1]، فإنّ هذا الموقف ينطوي في عمقه على دورين مختلفين للعرف:

الأول: يكرّس دوراً سلبياً تعكسه القطيعة بينه وبين الاجتهاد عند الأصوليين من خلال إقصاء العامّي من الاجتهاد، والحال أنّه أقرب العناصر الاجتماعية إلى هذا المجال. وتكفي في هذا المقام الإشارة إلى مواقف كلّ من السمعاني الذي يقصيهم إقصاء تامّاً من قول الأحكام[2]، والجصّاص الذي يقصر تدخلهم في الإجماع عند حدود بعض الشعائر مثل: الصوم والحج. وكذلك الشأن مع الإمامية حين جعلهم الطوسي خارج دائرة المشاركين في إجماع علمائهم[3]. وهو الموقف ذاته الذي تبنّاه الشريف

= في خصوصها وهو مجتهد في بعض المسائل. أما عند الإماميّة فإنّ المجتهد المطلق هو النّاطق باسم المهدي المنتظر (الإمام المغيّب). راجع مقال ج. كالمار (J. Calmar) بعنوان مجتهد، دائرة المعارف الإسلامية، النسخة الفرنسيّة الإلكترونية، 2014م، ومقال العريس، هلال، الاجتهاد والتقليد، مجلة الاجتهاد، العدد9، 1990م، ص125.

(1) الباجي: «إنّ فرض العامّي الأخذ بقول العالم، وإنما سمّي تقليداً على سبيل المجاز والاتّساع». إحكام الفصول، ج2، ص793. الطوسي: «والذي نذهب إليه أنه يجوز للعامي الذي لا يقدر على البحث والتفتيش تقليد العالم». عدّة الأصول، ج2، ص313.

(2) السمعاني، قواطع الأدلّة، ج1، ص481. والجصاص، الفصول في الأصول، ج3، ص285.

(3) «فإن قيل: كيف تعلمون إجماع الإمامية على مسألة وهم منتشرون في أطراف الأرض، وفي البلاد التي يكاد ينقطع خبر أهلها عن البلاد الأخرى، وهل هذا إلا متعذر مستحيل؟ قيل له: السائل عن هذا السؤال لا يخلو من أن يريد به الطعن في الإجماع على كل حال، فإن ذلك مما لا يصح العلم به على حال، أو يريد =

المرتضى في الإجماع بقوله: «وبعد، فالإجماع الموثوق به في الفرقة المحقة هو إجماع الخاصة دون العامة والعلماء دون الجهّال»[1].

الثاني: يكشف عن دور خفي بين طيّات المواقف المعلنة في إقصاء العامّي من باب الاجتهاد، ويبرز وجود هيمنة للعرف ذاته على التفكير الأصولي في هذا الباب باعتبار أن الإقصاء لم ينبع من نصّ ديني ولا من قرار السلطة السيّاسية، بل بالأحرى من أعراف اجتماعية مستخلصة من رؤية ثقافية في ذلك العصر تولي عناية كبرى بمسألة التراتبية الاجتماعية المتولدة عن رؤية معينة للكون في انشطاره إلى قسمين: العالم العلوي والعالم السفلي، ولذلك لا عجب أن نقف عند شروط عرفية تعكس رؤية ثقافية مخصوصة، ومنها الذكورة وطهارة النّسب التي تلحّ عليها الإمامية مثلاً لنيل صفة مرجع التقليد عندهم[2].

وعلى الرغم من تراوح المواقف الأصولية بين القطع مع العرف في الاجتهاد والاعتراف به ضمنياً في شروطه، فإنّ عدداً آخر من الأصوليين انتبه، من خلال التنصيص على بعض خصال المجتهد، إلى قيمة العرف ضمن تلك الشروط. وقد وردت تلك الآراء في سياق ما اشترطه بعض الأصوليين في المجتهد سواء من جهة علاقته بالتقليد؛ أي بالمجتهد السابق عليه أو من جهة ما ينبغي أن يتوافر عليه من مؤهلات شخصية ترفعه إلى تلك

= اختصاص الإمامية بهذا السؤال دون غيرهم: فإن أراد الأوّل: فقوله يسقط، لأنّ من هو في أطراف الأرض وفي البلاد البعيدة أخبارهم متصلة، وخاصة العلماء منهم؛ لأن الذين تراعى أقوالهم هم العلماء دون العامة الذين لا يعتبرون في هذا الباب». الطوسي، عدّة الأصول، ج2، ص219.

(1) الشريف المرتضى، رسائل الشريف المرتضى، المجموعة الأولى، تحقيق أحمد الحسيني، دار القرآن الكريم، قم، ط1، 1410هـ/ 1990م، ص14-15.

(2) مقال: مجتهد لـ: ج. كلمار (J. Calmar)، دائرة المعارف الإسلامية، النسخة الفرنسية الإلكترونيّة، 2014م.

الرتبة. ففي المستوى الأوّل، وبما أنّ عملية الاجتهاد تنطلق من حضور قضية جديدة ومسألة مستحدثة في الواقع تتطلب رأياً فقهياً وحكماً شرعيّاً فيها، فإنّ تلك المسألة تتعلّق في الغالب بأحداث راسخة ومواقف اجتماعية متجذرة في المحيط الذي يوجد فيه ذاك المجتهد، أي بأعراف طاغية وعادات قائمة. ومن ثمّ إنّ الاجتهاد لا يكون عمليّة حسابية وآليّة تخضع لقواعد صارمة بإرجاعها دوماً إلى قيود النّصوص وقواعده الجاهزة المستنبطة سابقاً؛ بل تتأسّس أحياناً على ضرورة مراعاة تغيرات الواقع وتبدل العادات مكاناً وزماناً. ولذلك وجدنا لدى الأصوليين نقاشاً يتعلّق بجواز تقليد المجتهد لمجتهد سابق عليه[1]. ومنها «جواز إعادة الاجتهاد عند تكرّر الحادثة الواحدة». وفي هذا المقام كثيراً ما ينصح المجتهد بإعادة النّظر في القضيّة لتبدّل سياقها دون الاكتفاء بتكرار مواقف السابقين[2].

أما المستوى الثاني الذي يعكس وعياً -وإن بدا خافتاً- بالعرف فإنّه يتصل بالخصلة التي أفردها الأصوليون من ضمن الخصال التي تُستوجب في المجتهد، وترد إثر تعديد جملة من الخصال الأخرى[3]، ألا وهي «فقه النّفس» التي يعدّها الجويني رأس مال المجتهد، ولا يتأتى تحصيلها بالكتب[4]، وإنما تقتضي قدرة على فهم أحوال المتكلمين ومقاصد كلامهم

---

(1) يُذكر أنّ موقف الأصوليين من جواز تقليد الميت هو الرّفض فيما نقله الزركشي بقوله: «والمنقول عن الغزالي، وابن عبد السلام، أنه يجب تقليد مجتهد العصر، ولا يجوز تقليد الميت، وبهذا تبين أنه لا يمكن الإجماع على تقليد الموتى إلا من غير المجتهدين». البحر المحيط، ج8، ص352.

(2) يقول البصري: «اعلم أنّه لا يجوز للمفتي أن يفتي بالحكاية عن غيره. بل إنما يفني باجتهاده لأنه إنما يسأل عمّا عنده، ولا يسأل عن قول غيره»، راجع: «المعتمد»، ج2، ص932، وكذلك: الشيرازي: «شرح اللمع»، ج2، ص1036.

(3) هذه الخصال هي البلوغ ومعرفة القرآن واللغة العربية والنحو والإعراب وأحكام القرآن والورع والتقوى. راجع الجويني: «البرهان»، ج2، ص1330-1333.

(4) الجويني، (م.ن)، ج2، ص1332.

والحكمة منه؛ «ليصحّ أن نعلم ما يجوز أن يقوله ويريده وما لا يجوز من ذلك»[1]؛ أي المعرفة بطباع النّاس في مختلف أوضاعهم. وهي وثيقة الصلة بعادات النّاس التي يجعلها ابن قيم الجوزية من آخر الشروط التي ينبغي توافرها عند المفتي/المجتهد[2].

وتُعدُّ هذه المواقف مؤشّراً من المؤشّرات التي تكشف عن بزوغ وعيٍ لدى الأصوليين -وإن كان جنينياً- بضرورة الالتفات إلى الواقع ومظاهر التغيّر فيه وإقحامها ضمن شروط الاجتهاد ومقاييس الفتوى، ومن ثمّ الاعتماد إلى حدّ ما على مقاربة اجتماعية ونفسية تراعي المعطيات التي تتعلّق بالمجتهد وعصره[3]، دون أن يبلغ ذلك مبلغاً عظيماً في قلب كل الشروط وجعل العرف مقياساً من المقاييس النّظرية الأساسية؛ لأنّ الواقع الثقافي، سواء ما تعلّق منه بالبناء الاجتماعي أم ما اتصل بنوع المعرفة السائدة، لم يكن يتيح لهؤلاء التحرّر الكامل من الشروط الدّينية الصّارمة لفائدة الشروط الاجتماعية ومعاييرها المتولّدة من تقلّبات الواقع السائد. لذلك كثيراً ما كانت شروط الاجتهاد الأصلية متّسمة بالنخبوية والإقصاء لأسباب متعددة فضلاً عن

---

(1) البصري: «المعتمد»، ج2، ص931.

(2) يقول ابن القيم عن الشرط الخامس: «وأمّا قوله الخامسة معرفة الناس، فهذا أصل عظيم يحتاج إليه المفتي والحاكم، فإن لم يكن فقيهاً فيه، فقيهاً في الأمر والنهي، ثم يطبق أحدهما على الآخر، وإلا كان ما يفسد أكثر مما يصلح، فإنه إذا لم يكن فقيهاً في الأمر له معرفة بالناس تصور له الظالم بصورة المظلوم وعكسه، والمحق بصورة المبطل وعكسه، وراج عليه المكر والخداع والاحتيال، وتصور له الزنديق في صورة الصديق، والكاذب في صورة الصادق، ولبس كل مبطل ثوب زور تحتها الإثم والكذب والفجور، وهو لجهله بالناس وأحوالهم وعوائدهم وعرفياتهم لا يميز هذا من هذا، بل ينبغي له أن يكون فقيهاً في معرفة مكر الناس وخداعهم واحتيالهم وعوائدهم وعرفياتهم، فإن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال». «إعلام الموقّعين»، ج4، ص204.

(3) ذويب: «جدل الأصول والواقع»، ص779.

صرامتها فيما يتعلّق بمؤهلات المجتهد الأخلاقية والسّلوكيّة[1]، دون أن يعني ذلك بالضرورة طغيان النّزعة المثاليّة عليها؛ لأنّ ممارسة الاجتهاد ضمن الفتوى والقضاء قد يكشفان عن ميل جارف إلى مراعاة العرف قبل مراعاة الأحكام الجامدة التي توصّلت إليها المدونة الفقهية في مرحلة من مراحل تطورها[2]. وفي هذا الإطار يمكننا الحديث عن موقع هذه الشروط وآثارها في مجال الاجتهاد ودور العرف فيها.

1-3- العرف ومجال الاجتهاد:

انطلاقاً ممّا رصدناه سابقاً في صلة العرف بمفهوم الاجتهاد نتبيّن أنّ الأصوليين حصروا مجال الاجتهاد نظريّاً في ما لا يشتمل عليه نصّ ولا تتضمّنه الأصول المتفق عليها؛ أي فيما يطرأ على الواقع من حوادث وقضايا وحالات عارضة. وبعبارتهم في مجال المظنونات والفروع، بيد أنّ هذا التعريف النّظري وإن بدا في الظّاهر ملتزماً بأفق أوسع للتفكير في القضايا الاجتماعية التي لم يحسم فيها النصّ ولم تتفطّن إليْها الأصول فإنّ أثره سوف يكون محدوداً على صعيد الواقع التّاريخي. ويعود سبب ذلك إلى سيادة التقليد الذي أفرزته جملة من العوامل المتضافرة والمعقّدة على المستويات: السياسية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية ناهيك عن إعلان معظم كبار

(1) تظهر النخبوية في حصر الاجتهاد في فئتيْن هما: أهل الحديث وأهل الرأي الذين يستعملون القياس. أما الإقصاء فيشتمل على الشيعة والمعتزلة والخوارج عند أهل السنة تحديداً، والاقتصار على اجتهادات مجتهدي المذاهب الأربعة المعترف بها. ذويب، جدل الأصول والواقع، ص780- 781.

(2) يبدو أنّ الرأي السائد حول مثاليّة التشريع الإسلامي لا تزال راسخة في الكثير من الجهود الأكاديمية الحديثة، فقد استنتج حمادي ذويب طغيان النزعة النّظرية والمثالية على الواقعية في المسلمات الأصولية الراسخة في الضمير الجمعي الإسلامي منذ قرون، ولاسيما فيما يخصّ شروط الاجتهاد، وهو رأي سنتبيّن حدوده حينما نعرض لاجتهادات المفتين والقضاة في المسائل ذات الصلة بالعرف. راجع: ذويب، جدل الأصول والواقع، ص782.

الأصوليين مثل الغزالي والرّازي عن خلوّ العصر من المجتهدين واقتصاره على كبار أئمة المذاهب[1].

وهكذا، بدل أن تتجه العناية إلى الخوض في إشكاليّات الاجتهاد على أرض الواقع برز اهتمام آخر محوره مباحث التقليد. وعوض أن ينظر الأصوليون والفقهاء في قضايا عصرهم ومصرهم انكبّوا يبحثون في أحكام الرّسول والصحابة وتابعيهم مقدّمين البعد الإيماني الوثوقي للعقيدة على البعد التشريعي الذي تحكمه المصلحة والمنفعة وعدالة العقل. يظهر ذلك في تأكيدهم تساوي الحديث النبوي بالوحي وعلى علويّة مقام الرّسول في الاجتهاد[2]، فضلاً عن ثقتهم المفرطة بعدالة اجتهاد الصّحابة[3].

وعليه، تصبح سلطتا السّلف والماضي المرجعيْن الأساسييْن لكل مجتهد، ويغدو مقصد عمل الاجتهاد البحث عن مراد الله من الحكم

(1) راجع مقال «اجتهاد» (IDJTIHAD) لـ: ماكدونالد (Macdonald. D.B)، دائرة المعارف الإسلامية، ص1052-1053.

(2) ويتجلّى هذا في اعتبارهم اجتهادات النبي فيما لا نصّ فيه بمنزلة وحي، وهو ما عبّر عنه الزركشي في هذا القول: «لأن الله تعالى خاطب نبيه كما خاطب عباده، وضرب له الأمثال، وأمره بالتدبر والاعتبار، وهو أجل المتفكرين في آيات الله وأعظم المعتبرين بها. وأما قوله تعالى: ﴿إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾ [النّجْم: 4] فالمراد به القرآن لأنهم قالوا ﴿إِنَّمَا يُعَلِّمُهُۥ بَشَرٌ﴾ [النّحل: 103]، سلمنا أن الضمير للنطق، ولا يلزم منه ما ذكرتم، لأن الاجتهاد الشرعي مأذون فيه والدليل عليه في الآراء والحروب كثير كقتله النضر ونحوه في الأمور التي تحرى فيها، واختار أحد الجائزين، وأما الأحكام فلأنه أكمل من غيره لعصمته من الخطأ فإذا جاز لغيره الذي هو عرضة للخطأ فلأن يجوز للكامل أولى ولأن العمل بالاجتهاد أشق من العمل باليقين». البحر المحيط، ج4، ص503.

(3) «فلا يخفى أن الوثوق باجتهاد الصحابي لمشاهدة الوحي والتنزيل ومعرفة التأويل والاطلاع على أحوال النبي ﷺ وزيادة اختصاص الصحابة بالتشدد في البحث عن قواعد الدين وتأسيس الشريعة وعدم تسامحهم فيها أشد من غيرهم على ما قال عليه السلام: «خير القرون القرن الذي أنا فيه»، أتم من الوثوق باجتهاد غير الصحابي». الآمدي، الإحكام، ج4، ص212.

الشرعي، ومن ثمّ اكتشاف الأمارات الدّالة عليه. ويعني ذلك بحثاً في حكم موجود سلفاً وليس بحثاً عن حكم جديد لقضية طرأت في الواقع[1]. وبهذا المنطق يتقيّد الاجتهاد بالعصور السابقة ممثلة في عصر الصحابة والتابعين، ويحلّ الماضي محلّ الحاضر. وبدل أن يكون مجال الاجتهاد الواقع بتعقيداته المستمرّة وتبدلاته المتواصلة وتفاصيله الدقيقة المتغيّرة من مكان إلى آخر ومن زمن إلى غيره بات مجاله استعراض مواقف السلف بمن فيهم أئمة المذاهب المعترف بها ومدى استجابتها وانطباقها على واقعة قد تكون شهدت تغيّرات ملموسة على صعيد الممارسة وتعامل المسلمين معها. ويضمر هذا التحوّل من الاجتهاد إلى التقليد تناقضاً مع المبادئ الأصولية التأسيسيّة الرّافضة لذلك في ما ذكره السيوطي في أحد كتبه المخصّصة للاجتهاد[2].

ومع سيادة التقليد واقعاً عمليّاً فرضه المسار الفكري لعلم الأصول وتطورات الصراع المذهبي ليغدو متعارضاً مع المبادئ التأسيسيّة الأولى، بدا واضحاً أنّ الأصوليين قد جعلوا مجال الاجتهاد نظريّاً منقطعاً عن العرف والعادات العاكسة لمعايير تعامل الناس مع واقعهم الاجتماعي والاقتصادي. إلا أنّه لو تتبعنا مسار التفكير الأصولي لبعض المذاهب الأخرى غير السنيّة

---

(1) وهذا ما عبّر عنه البصري في قوله: «اعلم أنّ اجتهاد النبيّ إن أريد به الاستدلال بالنّصوص على مراد الله، فذلك جائز قطعاً، وإن أريد به الاستدلال بالأمارات الشرعية، فإن كان أخبار آحاد فلا يتأتّى منه، وإن كانت أمارات مستنبطة وهي التي يجمع بها بين الأصل والفرع، فهو موضع الخلاف في أنّه هل كان يجوز له أن يتعبّد به عليه، والصحيح جوازه، البصري، المعتمد، ج2، ص719.

(2) يرد تذكير السيوطي بالموقف الأصلي منذ اللحظة التأسيسية لعلم الأصول دالاً في ذلك بقوله: «نهى الشافعي -رضي الله عنه- أن يُطبّق أهل العصر كلّهم على التقليد، لأنّ فيه تعطيل فرض من فروض الكفايات وهو الاجتهاد، فحثّ على الاجتهاد ليكون في كلّ عصر من يقوم بهذا الفرض. راجع: السيوطي، جلال الدين السيوطي، الردّ على من أخلد إلى الأرض، المكتبة الثقافية الدينية، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، ص3.

لوجدنا بوادر اعتراف بإمكانية انفتاح الاجتهاد على العرف. ويتعلّق الأمر هنا بالمذهب الإباضي ومنهجية تفكيره الأصولية التي وإن تشابهت في جملة من الأصول والمبادئ الكبرى مع أهل السنّة والجماعة فإنّها عرفت مساراً آخر مختلفاً فيما يخصّ مجال الاجتهاد.

يبرز تميّز المذهب الإباضي في معالجة قضايا الاجتهاد انطلاقاً من خرق منتسبيه مبدأ منع الاجتهاد فيما فيه نصّ مستقرّ في المدونات الأصوليّة السنيّة. فإذا كان الموقف السني يتلخّص في أن الاجتهاد سائغ فيما لا نصّ فيه وخارج الأصول القطعيّة المتفق عليها، فإنّ إضافة الإباضيين متمثلة في إجازة إمكانية الاختلاف في تأويل القرآن والسماح باختلاف وجوه قراءاته كذلك[1]. ويتأكّد ذلك في عرض الورجلاني لنماذج من اجتهادات بعض الصحابة التي خالفوا فيها النصّ وإضفائه المشروعية عليها من خلال اعتماده على الحديث المشهور والرّائج «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» من جهة[2].

---

(1) يظهر موقف جواز الاختلاف في تأويل القرآن في تفسيره لرأي الرّبيع بن سليمان الذي أضاف ذلك إلى أبواب الاجتهاد قائلاً: «وإنما قصد الشيخ أبو الربيع -رضي الله عنه- إلى فنّ واحد من فنون النوازل، فأوضح فيها طريقة الحق. وإن كانت وجوهاً كثيرة تحتمل الرأي والاختلاف والاجتهاد ليست من وجوه النوازل في شيء من الفروع والأصول، بل هي إلى الأصول أقرب، أولها: فنون التفسير وتفسير آيات القرآن». الورجلاني، العدل والإنصاف، ج2، ص21. ويضيف إليها جواز اختلاف القراءات في قوله: «وهذه القراءات كلها حق عند الله تعالى. وبعض هذه القراءات ليست سماعاً من رسول الله عليه السلام، لكنّها من أصحابه والأئمة الذين جعلهم الله حفظة لكتابه ومؤدية له، وهم: نافع وابن كثير وأبو عمرو بن العلاء وعبد الله بن عامر وحمزة والكسائي وعاصم بن أبي النجود. وسيأتي ذكرهم -إن شاء الله- عند ذكرنا الأئمة. وكذلك اختلافهم في السور والآيات والحروف نفسها كما قدمنا. وقد ذكر بعضهم سورة القنوت وجعلها من القرآن وهي: «اللهم إنا نستعينك ونستغفرك ونؤمن بك ونخضع لك ونخشع ولك نصلي ونسجد وإليك نسعى ونحفد، نرجو رحمتك ونخاف عذابك إن عذابك الجد بالكافرين ملحق». (م.ن)، ج2، ص25.

(2) يذكر الورجلاني نماذج عديدة لاجتهادات الصحابة واختلاف آرائهم حول عدد من =

وانطلاقاً من مبدأ نسخ الإجماع للقرآن والسنّة الذي تبنّاه طيف من الأصوليين من جهة أخرى[1]. وقد برّر ما ذهبوا إليه بما يحتمله الكلام على مذاهب العرب ومخاطباتها[2]. وهو تبرير على صلة متينة بإشكالية الدلالات العرفية في الخطاب كنّا قد تعرضنا إليها في فصل العلاقة بين العرف وإشكاليات قراءة الخطاب الشرعي.

ومن المعلوم أنّ هذه المواقف تجد مستندها النّظري ومبرّرها الإيديولوجي في نظريّة الكتمان باعتبارها اجتهاداً إباضياً ينصّ على تعطيل تطبيق الحدود القرآنية مثل الجلد والقطع والرّجم، لأنّها مقتصرة على الأئمة في مرحلة الظهور[3].

إنّ هذه الرّؤية المخصوصة للاجتهاد مرتبطة بنظرية "مسالك الدّين" أي مراحل إقامة الدّولة الإسلاميّة في المجتمع[4]، وأهم مرحلة هي تلك التي يعمّ

= مسائل الفقه المتصلة بكيفية تأويل القرآن، من أبرزها قصة عمرو بن العاص مع التيمم التي خالف فيها البقية لما وجد الماء بارداً عملاً بالآية ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النِّسَاء: 29]، وقبلها الرّسول، ويلخّص ذلك بقوله وليس يخفى أن جل أصحاب رسول الله عليه السلام يتأولون القرآن، ويذهبون فيه مذاهبهم، وليس ذلك كله عن رسول الله عليه السلام، ولتفاوت مذاهبهم واختلاف المفسرين بعد صدر الصحابة، ومعلوم أن ذلك من آرائهم، وأن مذاهبهم من تفسيرهم القرآن حق عند الله تعالى على رأي من يقول الحق في جميعهم، وأن الحق في واحد على رأي من يقول الحق في واحد». الورجلاني، العدل والإنصاف، ج2، ص22.

(1) ورد ذلك أثناء تعليقه على حكم أبي بكر في المرتدّين بقوله: «وهل يمنع أحد الدخول في الإسلام حتى يتكلف أموراً أخرى؟ ولكن ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن. وهذه المسألة أشبه بالنسخ منها بالاختلاف، والإمام مخيّرٌ في ذلك. والإجماع ينسخ الكتاب والسنة إذاً». الورجلاني، (م.ن)، ج2، ص35.

(2) (م.ن)، ج2، ص21.

(3) الورجلاني، (م.ن)، ج2، ص41.

(4) هي أربعة مسالك: أولها الظهور، وهي مرحلة القوة والانتصار على العدو وتطبيق شرع الله، وقد تحقق هذا المسلك في عصر الرّسول والخلفاء الرّاشدين، والثاني: =

فيها الظلم في الأمة ولا تقدر على إزاحته فتدخل الجماعة طور الكتمان وهي أدنى درجات الاجتهاد، إذ يتعيّن على الغيورين على الدّين العناية بتنظيم شؤونهم وفقاً للشرع ودون الاهتمام بالشؤون السياسيّة. وفي هذا السّياق يكون نظام العزابة (وهو نظام عُرفي) مدخلاً لاجتهاد مجاله العرف بدل أحكام النصّ ليحلّ محلّ الأحكام الشرعية المعطّلة عند الدخول في هذه المرحلة[1]. ولا عجب أن نعثر في مدونات الفقه الإباضي على إحالات كثيفة على العرف في مسائل فقهية. مثل التقسيم والعقود في المساقاة وشروط عمل العامل[2]، مجسّمة بذلك التحرّر من القيود الأصوليّة والفقهية التي كرّستها المؤسّسة الدينية السنيّة منذ اكتمال تشكّل العقيدة السنية (الرّسميّة) مع إعلان المذهب الأشعري عقيدة الدولة في القرن الرابع للهجرة/ العاشر للميلاد. ومن الطبيعي أن يكون تبنّي الإباضيين لجواز الاختلاف انعكاساً لوضعهم التاريخي السياسي

= الدفاع وفيه ينشغل المسلمون بالدّفاع عن أنفسهم ودينهم وإقامة الدولة والظهور على الأعداء، وتنتخب الأمّة إمام دفاع يقودها ضدّ أي غزو، والثالث: الشراء وهي مرحلة تضعف فيها الأمة عن المقاومة، فتقوم فئة تبلغ أربعين رجلاً تعلن رفضها للأوضاع القائمة وعدم مهادنتها للسلطة، والرابع الكتمان، وهي مرحلة يعمّ فيها الظلم فلا تقدرون على مجابهة السلطة، ويكون وجودهم مقصوراً على مجلس العزابة الذي يعتني بالبناء العقائدي وفق تعاليم الإسلام، ويعزف عن مسائل السيّاسة. راجع: الجعبيري، فرحات، نظام العزابة، ص98 وما بعدها.

(1) يظهر انعكاس هذا التصوّر فيما أجازوه من إمكانيّة التخلّي الظرفي عن الاحتكام إلى الأثر واستبداله بأحكام الرّأي وفقاً لما قرّره الورجلاني في هذا القول: «ولم يبطلوا منها شيئاً إلا ما ذكرنا، بل أوجبوا في الكتمان رأياً وقياساً على من لا يجب عليه إلا الحد بشرط أن يشتهر بفعل ذلك وحملوه على سبيل المحاربة من السراق والزناة والبغاة وجميع فنون المعاصي وهذا كله بالرأي لا بالأثر». العدل والإنصاف، ج2، ص46.

(2) تقسيم الأشياء في عقود المساقاة وتفصيل أعمال العمال فيها هي بحسب العرف. راجع: الخليلي، أفلح، المساقاة، طبعة إلكترونية بالمكتبة الشاملة الإباضية، منشور على الإنترنت، موقع واحة الإيمان: (www.waleman.com)، ص87-91، 105-108، 184.

الضعيف نحو المؤسسة المركزية المدعومة بالسلطة السّياسيّة. وعبر هذا الموقف كان التميّز واضحاً في تبنّي العرف مصدراً من مصادر التفكير الفقهي بشكل أوسع من سائر المذاهب، ولاسيما أنّ هؤلاء الإباضيين ظلّوا قروناً موجودين في مناطق الهامش البعيدة عن مراكز الصراع السّياسي والإيديولوجي التي عرفها تاريخ الإسلام الوسيط، وهو ما ساعد على انفتاحهم على أعراف المحيط الذي عاشوا فيه وساكنوه، وهو ما أخصب تجربتهم الفقهية والمؤسساتية وطبعها بميسم جغرافي وتاريخي متميّز[1].

ولعلّ هذا التميّز على المستوى الأصولي -وإن أشار بصفة غير مباشرة إلى إمكانية انفتاح مجال الاجتهاد على العرف وتجاوز النصّ من النّاحيّة النّظرية- قد عرفته فروع الفقه وأحكام الفتاوى فضلاً عما قرّره القضاة أثناء معالجة قضايا مستعجلة وطارئة. ويمكن القول تبعاً لذلك أنّ الرّوية السنّية الكلاسيكية التي قصرت مجال الاجتهاد في حدود ما يضبطه النصّ وما تلزم به القطعيات قد ظلّت حبيسة الرؤية الأصولية التي أخذ الواقع العملي يتجاوزها تدريجياً بحكم تطور نوع النوازل وتغيّر طبيعتها وتعقّد إشكالاتها[2]. وفي هذا المستوى يمكن الحديث عن صلة العرف بالفتوى باعتبارها وجهاً من وجوه الاجتهاد العملي والحيني (الآني) الذي كان يفرضه تسارع وتيرة الحياة في الواقع.

(1) من المعلوم تاريخياً أن الإباضيين دخلوا مرحلة الكتمان بعد اختفاء وجودهم السّياسي في بلاد المغرب إثر انهيار الدولة الرستمية، وفشل ثورتهم ضدّ الفاطميين، ولهذا عرفوا مرحلة من الانطواء على أنفسهم وأنشؤوا نظام العزابة الذي أسسه الشيخ محمد بن بكر الفرسطائي النفوسي (ت 440هـ/ 1049م). راجع: عبد الرازق، محمود إسماعيل، الخوارج في بلاد المغرب حتى منتصف القرن الرابع الهجري، دار الثقافة، الدار البيضاء، ط2، 1985م، ص109-207.

(2) والواقع أنّ تجاوز الاجتهاد للرؤية الأصولية من الناحية العمليّة قد عرفته القرون الأولى مع اجتهادات الصحابة، وأهمها عمر بن الخطاب في الصدقات والمؤلفة قلوبهم. راجع: ذويب، جدل الأصول والواقع، ص790.

2- العرف والفتوى:

إنّ العلاقة التي تجمع المبادئ النّظرية للأصول والتطبيقات الفقهية لا تدرك من خلال عرض منزلة العرف ومكانته بين عدد من الأدلة الأصولية وشروط تأويل الخطاب الشرعي، بل تتجاوز ذلك إلى نطاق ممارسة الاجتهاد لا باعتباره فريضة دينية محدّدة الشروط دينياً وأصوليّاً بل باعتباره مسلكاً ضرورياً للتفقه والتأويل فرضته مقتضيات الواقع الاجتماعي الحيّ حين تُعرض على الفقيه/المفتي عدد من الحالات والأوضاع (النّوازل) التي لم يُنظر فيها سابقاً؛ أي باعتباره ممارسة لفتوى دينية وفقهية يقتضيها التغيّر الاجتماعي. ولئن عدّ هذا الفنّ مسألة متفرعة عن التفكير في الاجتهاد حينما انشغل به الأصوليون في مدوناتهم، فقد ارتبط فعليّاً بقضايا الواقع العملي أكثر من اعتماده مفهوماً أصوليّاً محضاً. وعليه كان لصيقاً بمجال العرف وتغيراته. وباختصار كان جسراً يتجسّد عبره ارتباط العرف بمبادئ الأصول على صعيد الواقع. وقد جسّد خير مثال على مدى الالتزام بالمنهج الذي ضبطته قواعد أصول الفقه نظريّاً ووفائه لقالبه المتوارث منذ اللّحظة التأسيسيّة. ولا يتسنّى لنا إدراك هذه الإشكاليات إلا بقراءة موضوعيّة لمسار الإفتاء التاريخي وشروطه التي وُضعت له وصولاً إلى ضبط صلته بالعرف انطلاقاً من طبيعته وخصوصياته في التشريع. فهو الفنّ الذي تتداخل في مسائله طرق إنتاج المادّة الفقهية بقضايا الواقع.

2-1- الإفتاء بين الأصول النّظرية والمقتضيات العمليّة:

الفتوى في اصطلاح الأصوليين هي الإخبار بحكم شرعي أو بيانه على غير وجه الإلزام[1]، وتقوم عمليّة الإفتاء في شكلها الأساسي على سؤال

(1) لخص هذا التعريف عن الأصوليين إبراهيم بن محمّد اللّقاني (ت 1041هـ/ 1632م). راجع كتابه: منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى، تحقيق عبد الله الهلالي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ص231.

(استفتاء) موجّه إلى المفتي يقابله جوابه الذي يكون إما شفوياً أو مكتوباً على رقعة أو كتاب[1] وقد عرفت هذه الظاهرة من النّاحية التاريخية تنامياً واسعاً وتطوراً لافتاً للنّظر مع انتشار الإسلام، وتزايد عدد معتنقيه من سكان المناطق المفتوحة ممن كانوا يجهلون الكثير من مبادئه وأحكامه الفقهية الأولى فضلاً عن تمسكهم بعاداتهم وتقاليدهم التي بدت متعارضة مع الموروث الإسلامي التقليدي ومثلت حرجاً متعاظماً لدى رجال الفقه والفتوى على حد سواء. وإزاء هذا الوضع كان ينبغي إيجاد جسر متماسك بين تعاليم الدّين الجديد، وما رسخ وتبقى من ثقافات المناطق المفتوحة[2]. وكان من المحتّم على هؤلاء المكلفين في غيرهم أن يجدوا الأرضية الملائمة لمواءمة المفاهيم الأصيلة مع الممارسات الدّخيلة والوليدة حتى لا يغدو الفقه منحصراً في فئات قليلة أو ينقلب إلى شكل هجين من التشريع يتضارب فيه المبدأ العقائدي والمنزع الأخلاقي التوحيدي مع الممارسات الرّاسخة في أحضان ثقافات مغايرة. وتبدو مهام رجال الإفتاء في تاريخ الإسلام شبيهة إلى حدّ بعيد بمهام حكماء القانون الرّوماني في دعم بناء المجتمع الجديد، وتثبيت هياكله السياسية والدّينية الجديدة وفقاً لإميل تيان (E. Tyan)[3].

انشغل الأصوليون بتحديد صفة المفتي وشروطه مثلما اهتموا بأحكام المستفتي الذي ينبغي أن تتوافر فيه جملة من الصفات تمكّنه من بلوغ الحكم الملائم والصحيح[4]. وقد كان هذا الجهد في تقييد الفتوى بشروط نظرية

---

(1) النووي، أبو زكريا، المجموع: شرح المهذّب، (د.ط)، (د.ت)، دار الفكر، بيروت، ج1، ص47-48.

(2) راجع مقال «فتوى» (Fatwa) لـ: إميل تيان (E. Tyan)، دائرة المعارف الإسلامية، (النسخة الفرنسيّة)، المجلّد الثاني، ص886.

(3) (م.ن).

(4) نجد أبواباً عديدة خصصت للمستفتي في مدونات الأصول، منها: البصري: المعتمد، ج2، ص939 وما بعدها. الجويني، التلخيص في أصول الفقه، ج3، =

ثمرة طبيعية لرؤيتهم الأصولية حول الأدلة الواجب اقتفاؤها ورؤيتهم لإشكاليّة العلاقة بين الاجتهاد والتقليد. فمن شروط تقلّد مهام الإفتاء توافر شروط الاجتهاد عينها ناهيك عن المؤهلات الشخصية التي تشدّد على صفات البلوغ والرّصانة وحسن التصرّف إضافة إلى صفة العلم الشامل باللغة وأصول الدّين وفروع الفقه(1).

والمعلوم أنّ ما يعرف بـ«أدب المفتي» كان قد نشأ فرعاً من فروع الأصول ضمن مصنفات مستقلة مهتمة بمسلك الإفتاء وشروطه، وهو في أصله باب من الأبواب الفرعيّة ضمن المؤلّفات الأصوليّة الكبرى(2). وقد تضمنت مصنفات هذا الأدب جملة من الصفات والشروط والمعايير التي تضبط صلاحية الفتوى ومشروعيتها الدّينية والأصوليّة.

وبعيداً عن الخوض في مقاييس الفتوى الشكلية التي بحث فيها هؤلاء المصنفون فإنّ أهمّ ما يمكن رصده منها في صلة بالإشكاليّة التي نخوض فيها هو ما يتعلّق بشروط ينبغي توافرها في المفتي والمستفتي على حدّ سواء، وأهمها صفة الاجتهاد التي تقتضي ألا يكون مقلّداً؛ بل يعمل باجتهاد نفسه إذا

= ص461. الرازي، المحصول، ج6، ص73. والخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه، ج2، ص59.

(1) النووي، آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، تحقيق بسّام عبد الوهاب الجابي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1408هـ، ص19-22.

(2) من أهم المصنّفين في هذا الباب: ثلة من فقهاء الشافعية مثل: الصيمري (ت 386هـ/ 996م) في كتابه: أدب المفتي والمستفتي، والخطيب البغدادي (ت 462هـ/ 1062م)، وابن الصلاح الشهرزوري (ت 643هـ/ 1245م) في: أدب الفتوى والمفتي والمستفتي، والنووي (ت 676هـ/ 1277م) في: آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، والمالكي القرافي: الأحكام في تمييز الفتوى عن الأحكام، والحنبلي أحمد بن حمدان (ت 695هـ/ 1295م) في: صفات الفتوى والمفتي والمستفتي، وابن قيم الجوزية في: إعلام الموقعين، للمزيد، راجع:
Mohamed Khalid Masud, "The significance of ISTIFTA' in the Fatwa Discourse", Islamic Studies, Vol.48.No 3(Autumn 2009), p.344.

وقعت واقعة[1]. ولا يعني ذلك استقلاله عن مذهب بل وجب أن يكون مقيّداً في مذهب إمامه مستقلاً بتقرير أصوله بالدّليل دون تجاوز أدلّة أصول إمامه وقواعده[2]. ويجوز أن يفتي فيما لا نصّ فيه لإمامه، ويسمى ما اختلف فيه عن إمامه بالإفتاء على خلافه «قولاً مخرجاً»، وشرط هذا التخريج ألا يجد بين النصّين فرقاً[3]. ولا يجوّز الأصوليون أن يبلغ المفتي رتبة المجتهد المطلق التي هي صفة مقصورة على أئمة المذاهب، بل يجعلونه في مرتبة وسطى ما بين الاجتهاد المطلق والمقلّد، وهي الصفة التي يجعلونها حكراً على المستفتي، فمع اجتهاده في الإفتاء يضطلع في الوقت بذاته بمهمة حفظ مذهب إمامه ونقله وفهمه في الواضحات والمشكلات. ويعتمد في تقرير أدلته وتحرير أقيسته على ما يحكيه من مسطورات مذهبه من نصوص إمامه وتفريع المجتهدين في مذهبه[4]. ومع ذلك تظلّ هناك نافذة مفتوحة للمفتي للتفاعل مع واقعه المعيش ضمن صفة أوردها الأصوليون لعلّها من أهم الشروط التي تعقد صلة بالعرف، ألا وهي «فقه النّفس». فمع رفضهم القطعي ألا يبلغ المفتي مرتبة المجتهد المطلق الذي يتساوى لديهم مع أصحاب الوجوه (أئمة المذاهب) فإنّه يمكن أن يكون فقيه النّفس بما تعنيه العبارة من إشارة واضحة إلى ضرورة توافر قدرة فهم النّاس وطباعهم وأمزجتهم، وهي أحد أهم شروط الاجتهاد التي عرضناها سابقاً. وتكمن أهمية هذا الشّرط عمليّاً في مراعاة خصوصية بعض الأعراف، ولاسيما القوليّة منها مثل مسألة الأيمان والإقرار ودلالات الألفاظ التي لا يجوز فيها الإفتاء إلا إذا كان المفتي «من أهل بلد اللّافظ متنزلاً منزلتهم في الخبرة بمرادهم من ألفاظهم وعرفهم فيها»[5].

---

(1) النووي، آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، ص20.
(2) (م.ن)، ص26.
(3) (م.ن)، ص29.
(4) (م.ن)، ص30.
(5) (م.ن)، ص40.

أما من جهة المستفتي فإنّ أهم ما ضبطوه من شروط في علاقته بالمفتي تتلخّص في اختيار المسلك العملي النّاجع الذي يوفّر حلاً عاجلاً وممكن التطبيق لطالب الفتوى، وأهمّها مراعاة حال المستفتي وتيسير مهمة الإجابة وعدم إغراقه في مزيد الحيرة مثلما يذكره ابن قيم الجوزية[1]. ولذلك يؤكّد الأصوليون على ألا يقتصر المفتي في فتواه حول المسألة خلاف أو قولان أو وجهان أو روايتان، بل بيان ما يعمل به المستفتي؛ أي أن يجزم بالرّأي الرّاجح[2]. وفي هذا المستوى ينبغي للمفتي أن يذكر الدّليل إذا كان مقطوعاً به، ولا يلزمه إن لم يكن مقطوعاً به ومنسوباً إلى اجتهاده[3]. ومن شأن هذا الحكم أن يجعل باب الإفتاء القائم على الظنّ مفتوحاً لمزيد من الاقتراحات، ولاسيما إذا تكرّرت الحادثة الواحدة[4].

ويفضي بنا التأمل في المسار التاريخي للتنظير الأصولي للفتوى إلى إدراك أنّ تطوّر النّظر في أصولها وشروطها وأسسها أخذ يتبلور فعلاً منذ القرن الرابع/العاشر حينما أصبحت تدرج موضوعاتها في مؤلفات مستقلة وأبواب خاصّة داخل المدوّنة الأصولية، ولذلك فهي جزء ينتمي دائماً إلى

---

(1) «لا يجوز للمفتي الترويج وتخيير السائل وإلقاؤه في الإشكال والحيرة، بل عليه أن يبين بياناً مزيلاً للإشكال متضمناً فصل الخطاب كافياً في حصول المقصود لا يحتاج معه إلى غيره». ابن القيم، إعلام الموقّعين، ج4، ص177.

(2) (م.ن)، ص42.

(3) (م.ن)، ص85.

(4) «إذا أفتى في حادثة ثمّ حدثت مثلها، فإن ذكر الفتوى الأولى ودليلها بالنسبة إلى أصل الشرع إن كان مستقبلاً أو إلى مذهبه إن كان منتسباً أفتى بذلك بلا نظر، وإن ذكرها ولم يذكر دليلها ولا طرأ ما يوجب رجوعه فقيل له أن يفتي بذلك، والأصحّ وجوب تجديد النظر ومثله القاضي إذا حكم بالاجتهاد، ثمّ وقعت المسألة، وكذا تجديد الطلب في التيمم والاجتهاد في القبلة وفيهما الوجهان. قال القاضي أبو الطيب في تعليقه في آخر باب استقبال القبلة: وكذا العامي إذا وقعت له مسألة فسأل عنها، ثم وقعت له، فيلزمه السؤال ثانياً يعني على الأصح». (م.ن)، ص42.

المفاهيم الأصولية الشرعية، ويستمدّ قضاياه منه اعتباراً إلى أنّها ليست سوابق قضائيّة ولا تجسيداً لقواعد في النّوازل؛ بل هي أقرب إلى مسلك الاعتراف بحدود المفاهيم الشرعية على أرض الواقع من جهة، وبحثاً فيما إذا كانت الحالة الفردية واقعة ضمن تلك الحدود أم لا من جهة أخرى وفقاً لما استنتجه جوزيف شاخت[1]. وعلى الرغم من أنّ منهجية الفتوى قد عرفت تأثراً بالغاً بالمفاهيم الأصولية وبالقياس تحديداً (مع الأحناف) خلال المرحلة الكلاسيكية بعد القرن الثالث الهجري/ التاسع الميلادي[2] فإنّ هناك مقتضيات عمليّة أسهمت بطريقة غير مباشرة في تطور الفتوى وهيمنتها على الفكر التشريعي الإسلامي بعد المرحلة الكلاسيكية انطلاقاً من القرن السادس الهجري/ الثالث عشر الميلادي. ويوجزها جوهانسون (Johansen) في تطور البنية الاجتماعية والعمرانية داخل الأمصار الإسلاميّة لعلّ أهمها يتصل بظاهرة التمايز الاجتماعي (Social differentiation) التي بدأت في التشكّل تدريجياً مع التغير الحاصل في ميدان الزراعة والتجارة الحضرية حين شهدت العلاقة بين المزارعين وملّاك الأراضي تحوّلاً. ثمّ مع التغيّر الاقتصادي داخل المدن حين غدا السوق تدريجياً فضاءً متميّزاً ومستقلاً عن المناطق السكنيّة. وبناء عليه بدأ مجال العلاقات الاجتماعيّة القائمة على الأسرة يتناقض تدريجيّاً مع مجال العلاقات التجارية الذي يقوم على أساس المشروع التّجاري[3]. ومن شأن هذا التعارض أن يولّد أخلاقاً هنا وأخلاقاً هناك، وأن

(1) Baber Johansen, "Casuistry: Between Legal concept and Social Praxis", Islamic Law and Society, Vol.2 (1995),pp.135-136.

(2) تجلّى هذا التأثير على وجه الخصوص في العزوف عن معالجة النّوازل الجديدة وفقاً للقواعد الفقهية وقياسها على الحلول المتوافرة إلى الحدّ الذي انحطت فيه بشكل تدريجي، وغدت أقرب إلى العمليات التجريدية الرياضية الباحثة عن الانسجام بين المقولات الكلامية والأحكام الفقهية. راجع: .Johansen, Ibid, p.138

(3) وجد جوهانسون تفسيراً اجتماعياً لتطور الفتوى وانفتاحها الكبير على الواقع العملي انطلاقاً من رؤية نظرية تاريخية مقارنة استثمرها من دراسات جونسون (Jonsen) =

تغدو للسوق والمزارعة والمعاملات التجارية أعراف متخصّصة بها تعالج ضمن إطار مستقل عن القضايا الأخرى. ويعني ذلك أنّ هذه التغيّرات ستغدو قيوداً عملية في الفتوى لا تقلّ قيمة عن الشروط النّظرية التي أرساها الأصوليون في الفتوى.

2-2- العرف ومواقف الإفتاء:

أشار عدد من الباحثين إلى أنّ الفتوى، التي نشأت مبكراً في تاريخ الإسلام، كانت أهم دافع عملي لتشكيل الجزء الأوفر للمادّة الفقهية ضمن أبواب الفقه[1]، وقد كمنت أهميتها في أنّها غدت عماد تشكل التفكير الفقهي وأحد أركانه الكبرى التي عكست سيرورته وارتباطه بمبدأ التغير ومجال التحولات التي شهدها نشاط الفقهاء والأصوليين على حد سواء. وإذا كان انتظام المادّة الفقهية مع مرحلة التدوين قد وفّر منطلقاً لتقديم أجوبة شرعية حول مسائل متعددة وقع الحسم فيها مع المرحلة الكلاسيكية مثل الشعائر والزواج والبيوع وغيرها فإنّها لم تقدم أجوبة مفصلة على مقاس الوضع المخصوص الذي يعيشه المسلم بعيداً عن مراكز المدن. وخصوصاً أنّها شهدت نمواً للتفكير الفقهي؛ إذ ظلّت مجموع تلك المادّة في الغالب مجرد منطلقات للاستشهاد على الحكم الشرعي والتذكير به فحسب. ولم تكن حلولاً للاستثناءات التي يولّدها تغير الواقع وتبدّله مكاناً وزماناً. فإذا كان دليل الاستحسان وسيلة من الوسائل التي تعامل بها الفقهاء مع تلك الاستثناءات،

= وتولمين (Toulmin) حول نشأة الفتوى الكاثوليكية وتطورها؛ إذ بينا أنّ توافر درجة عليا من التمايز الاجتماعي أفضى إلى استقلال كل فئة بنظامها الاجتماعي الخاص وقيمها وقواعدها العملية في الحياة الاجتماعيّة والاقتصاديّة حتّم المطالبة بعقيدة جديدة وأخلاق مغايرة للسائد لتقديم خطاب مستقل بذاته يتضمن إجابات لما أفرزه هذا التغيّر الاجتماعي. راجع: Johansen, Ibid, p.140.

(1) Wael.B. Hallaq, From FATAWAS to FURU: Growth and change in Islamic substantive law, Islamic Law and Society, Vol.1.No. 1 (1994), p.40.

فإنّها تحوّلت بمرور الزمن إلى أداة مجرّدة أفرغت من محتواها، وغدت من المصادر الثانوية مع اكتمال المنظومة الأصولية، وانغلاق باب الاجتهاد تماماً في نهاية القرن الخامس الهجري/الحادي عشر الميلادي. وكان ذلك من العوامل التي فسحت المجال نحو تحوّل معظم الفتاوى وأحكام القضاة تدريجياً إلى الالتصاق أكثر بالواقع العملي في شبه قطيعة مع مقررات الفقه وأصوله جسدها الانفتاح على العرف مصدراً للأحكام.

ولئن كان الإفتاء مرتبطاً عموماً بعمل الاجتهاد باعتباره شرطاً ضرورياً يقتضي امتلاك المعرفة الواسعة لتفسير الشريعة والقدرة على تقديم الحجة الدّامغة في مسائل معيّنة، فإنّه اتصل كذلك بالقدرة على تكييف الرأي الفقهي مع الأوضاع الاجتماعية والثقافية المخصوصة. وقد عبّر أكثر من أصولي عن هذا المعنى، وخاصّة في وجوب توافر الوعي الأدنى بالفوارق القائمة بين الجهات والمناطق باعتبارها شرطاً أساسيّاً للإفتاء[1].

وطالما أنّ الإفتاء منشغل بكيفية ربط الأحكام النّظرية للشريعة بالواقع وحوادثه فإنّ أي عمل يقوم به المكلّف مندرج في صلب أحكام التكليف الخمسة (الواجب، المندوب، المباح، المكروه، الحرام)، ولذلك من الطبيعي أن يلجأ أيّ فرد غير قادر على تطبيق تلك الأحكام، أو وجد عسراً فيها، إلى مفتٍ لبيان وجوه تطبيقها والاستدلال عليها، وقد يكون السؤال متضمّناً لسابقة مماثلة أو نازلة جديدة، وفي كلتا الحالتيْن يقع النّظر إلى الحادثة على أنّها متنزلة ضمن سياق أوسع. ويكون في وسع المفتي المطالبة بالنّظر في القضايا المعروضة عليه في ضوء سياقاتها. وتعدّد العادات العرفية السائدة جزء لا يتجزأ من هذا السياقات. وهو من المعطيات الضروريّة التي

(1) «ويكون بعد هذا مشرفاً على اختلاف أهل الأمصار، وتكون له قريحة بعد هذا، فإذا كان هكذا فله أن يتكلم ويفتي في الحلال والحرام، وإذا لم يكن هكذا فليس له أن يفتي». ابن القيم، إعلام الموقعين، ج1، ص46.

ينبغي أن تؤخذ في الاعتبار في تحليله. ومن الشروط الواجب توافرها لديه في المسائل المتصلة بالعادات العرفية لكلّ جهة أو بلد[1]. ويشتمل هذا الشرط كذلك على مسألة التعامل مع تكرار الواقعة. فلئن أجاز ابن الصلاح فيها إمكانية الاعتماد على نظر في السابقين فيها، ومن ثمّ قابلية تطبيقها على السياق الموجود في زمان المفتي ومكانه، فإنّ الرّاجح لديه ولدى غيره من الأصوليين هو إعادة النّظر في المسألة المعروضة[2].

ولئن كانت إعادة النّظر هذه شرطاً طبيعياً يستجيب لمقاصد الإفتاء الدينية والاجتماعية في تيسير تطبيق الأحكام وإدخال المرونة عليها، فإنّها اصطدمت ببعض الشروط الأخرى التي كانت تفرض قيوداً على عمل المفتي، ألا وهي التقليد المذهبي في حفظ تراث الأئمة الذين ينتسب إليهم بالمذهب. وهذا هو الإشكال الذي زاد في تعميق رؤية بعض الفقهاء والأصوليين لكيفية إجراء الفتوى وصياغتها مثلما يوضح ذلك الفقيه الحنفي المعروف بـ«قاضيخان» (ت 592هـ/ 1196م) حينما أسند إلى العرف دوراً جوهرياً في عملية تكييف الحكم الشرعي والفتوى مع الواقع المعيش المخصوص والوعي بمسألة التغير واختلاف التفاصيل بين الأوقات والأمصار[3]. وعليه يغدو الاجتهاد قابلاً

(1) ابن الصلاح، أدب المفتي والمستفتي، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1986م، ص51.

(2) ابن الصلاح، م ن ص52، السُّبكي: «رفع الحاجب»، ج4، ص596، الرّازي: «المحصول»، ج6، ص69. والزركشي: «البحر المحيط»، ج4، ص582.

(3) «المفتي في زماننا من أصحابنا إذا استفتي في مسألة وسئل عن واقعة إن كانت المسألة مروية عن أصحابنا في الروايات الظاهرة بلا خلاف بينهم فإنه يميل إليهم ويفتي بقولهم ولا يخالفهم برأيه وإن كان مجتهداً متقناً؛ لأن الظاهر أن يكون الحق مع أصحابنا ولا يعدوهم، واجتهاده لا يبلغ اجتهادهم، ولا ينظر إلى قول من خالفهم ولا يقبل حجته لأنهم عرفوا الأدلة وميزوا بين ما صح ثبت وبين ضده، فإن كانت المسألة مختلفاً فيها بين أصحابنا فإن كان مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى أحد صاحبيه يؤخذ بقولهما لوفور الشرائط واستجماع أدلة الصواب فيهما، وإن خالف أبا =

للاستمرار والتطبيق ضمن أطر المذهب الفقهي وآراء كبار أئمته في مراعاة للتغيّر من خلال اعتبار تغير الأعراف وتبدّلها. وهم بذلك يحدّون من ظاهرة الاجتهاد المطلق التي جعلوها حكراً على المؤسّسين.

وهكذا وقع إقرار العرف في الفتوى باعتباره حلاً أمثل للخروج من مأزق هذا التعارض لدى الأصوليين وأرباب المذاهب من خلال هذا التوجّه الداعم للتقليد. فقد أجيزت ممارسة الاجتهاد ضمن إطار ضيق يقتصر على بعض العمليّات التي تخرج عن الإطار العام للتأويل المذهبي والأصولي، فلم تخرج عن التنقيح أو الترجيح أو التخريج. وفي هذا السياق أُدرج العرف مطلباً من المطالب الضرورية التي ينبغي على المفتي الاستعانة بها في مسائل الأيْمان والإقرار والنذور وسائر القضايا المتعلّقة بالمواضعات اللغوية التي يتوقف تأويلها على العادات العرفية الشائعة[1].

وتعدّ العبارات المستعملة في قضايا الطلاق الأهمّ في الإشكاليات المتصلة بهذا النوع من الفتوى. فالمعلوم أنّ الطلاق يغدو دون رجعة (البينونة

= حنيفة رحمه الله تعالى صاحباه في ذلك فإن كان اختلافهم اختلاف عصر وزمان كالقضاء بظاهر العدالة يأخذ بقول صاحبيه لتغير أحوال الناس، وفي المزارعة والمعاملة ونحوهما يختار قولهما لاجتماع المتأخرين على ذلك، وفيما سوى ذلك قال بعضهم يتخير المجتهد ويعمل بما أفضى إليه رأيه. وقال عبد الله بن المبارك: يأخذ بقول أبي حنيفة رحمه الله. وتكلموا في المجتهد قال بعضهم: من سئل عن عشر مسائل فضلاً فيصيب في الثمانية ويخطئ في البقية فهو مجتهد. وقال بعضهم: لابد للاجتهاد من حفظ المبسوط ومعرفة الناسخ والمنسوخ والمحكم والمؤول والعلم بعادات الناس وعرفهم»، فخر الدّين الأوزجندي: «فتاوى قاضيخان (وبهامشه الفتاوى الهندية)»، دار المعارف، بيروت، 1973م، ص2.

(1) «لا يجوز له أن يفتي في الإقرار والأيمان والوصايا وغيرها ممّا يتعلق باللفظ بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ دون أن يعرف عرف أهلها والمتكلمين بها فيحملها على ما اعتادوه وعرفوه، وإن كان مخالفاً لحقائقها الأصلية، فمتى لم يفعل ذلك ضل وأضل». ابن قيم الجوزية، إعلام الموقّعين، ج4، ص228.

الكبرى) بعد ثلاث مرّات من الطلاق الرجعي (البينونة الصغرى)[1]. وقد تجادل الفقهاء في مشكلة «طلاق الثلاث بلفظ واحد»، وحاولوا التثبّت إن كانت تلك الصيغة تعني طلاقاً مرّة واحدة أم طلاقاً بائناً (ثلاث مرّات). وعلى الرغم من أنّهم يعوّلون على ما رُوِيَ عن الرّسول في اعتبار التلفظ بطلاق الثلاث بائناً لا رجعة فيه[2]، فإنّ روايات أخرى تثبت أنّ عمر بن الخطاب اختلف مع حكم الرّسول وتراجع عنه؛ لأنّ النّاس «قد استهانوا بأمر الطلاق، وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة. فرأى من المصلحة عقوبتهم بإمضائه عليهم ليعلموا أن أحدهم إذا أوقعه جملة بانت منه المرأة وحُرّمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره نكاح رغبة يراد للدوام لا نكاح تحليل، فإنه كان من أشد الناس فيه، فإذا علموا ذلك كفوا عن الطلاق المحرم»[3].

وقد أدرج ابن القيم هذه المسألة ضمن عدد بارز من الأمثلة البارزة في أبواب الفقه والفتاوى التي تغيّرت فيها الأحكام عبر الزمن تبعاً لتغيّر العادات والأحوال، وبناء على رأيه في هذه المسألة فإنّ غاية المفتي ليست السعي إلى تغيير الأحكام الشرعية برمّتها، بل من الواجب أن تعكس فتواه مقصد الشارع من جهة، وأن تبحث عن أفضل الوسائل لتحقيقها من جهة أخرى[4].

إنّ الغالب على مسائل الأحوال الشخصية، التي تضمنتها أبواب الفقه، هو اعتمادها بشكل دائم على العرف معياراً لتكييف الأحكام الفقهية مع الواقع. ولعلّ نظرة متفحصة إلى مصنفات الفتاوى تكشف حجم تواتر الإحالات إلى

---

(1) وهو مستمدّ من الحكم القطعي في القرآن ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [البَقَرَة: 229].

(2) ابن القيم، (م.ن)، ج3، ص31.

(3) (م.ن)، ج3، ص35.

(4) (م.ن)، ج3، ص38.

العادات العرفيّة في نوازل متصلة بهذه المسائل مثل معايير اختيار الزوجة، ومبلغ المهر، وكيفية دفعه، والمساهمات الواجب دفعها من الأزواج وأسرهم لتسوية الخلافات الطارئة والالتزام بقواعد الطلاق الشرعية[1].

ولا يقتصر استمداد الأحكام التفصيلية من الأعراف على المجالات الشخصية فحسب، بل يشتمل على مجالات أوسع لها صلة بالمبادلات والعقود. ويُعدّ أشهر مثال على ذلك ميل المسلمين ورجال الفتوى على وجه الخصوص إلى خرق الأحكام الشرعية التي تعتمد على النصّ في المراحل التي عقبت الفترة الكلاسيكية، وظهرت بعض معالمها في بعض المصنفات المتأخرة مثل فتاوى الونشريسي (ت 914هـ/ 1508م)؛ إذ أُجيز سلف البُرّ عملاً بالعرف الشائع[2]، على الرغم من أنّ مصنفات الفقه كانت تحرّمه عملاً بحديث تحريم الرّسول للمواد الربوية الستة[3].

(1) راجع: ابن قدامة، المغني، ج7، ص377، في مسائل الطلاق. الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص308، 309، 320، في الخلافات والمهر والكفاءة، ج4، ص23 في مقدار النفقة. وكذلك فتاوى ما بعد القرن الثامن الهجري: الونشريسي، أحمد بن يحيى، المعيار المعرب، تحقيق محمد حجّي، وزارة الأوقاف، الرباط، دار الغرب الإسلامي، بيروت، (د.ط)، 1980م، ج3، ص18، في تقدير غياب الزّوج، ج3، ص28، 36، 44، في نفقة الزوجة، و46 في هدايا الزّفاف، وج4، ص21 في الحضانة، و25: الرضاعة الطبيعيّة، و39: النفقة. والبلخي، نظام الدّين، الفتاوى الهندية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1306هـ/ 1889م، ج1، ص291-328.

(2) «لأن معرفة المساواة تحصل بالميزان، وهو المعروف عندنا في الدّقيق، على أنّه لا يجوز عندنا بيعه إلا به؛ لأنّ المبايعة إنّما تكون بالمعيار المعروف، وإن خالفت العادة الشّرع كالثمر مثلاً لا يجوز بيعه عندنا بالكيل وإن كان هو المعروف في عادة الشّرع له...». الونشريسي، المعيار المعرب، ج5، ص20.

(3) وعلى الرغم من أنّ سلف البرّ بالوزن قد حرّمه معظم الفقهاء بناء على حديث الرسول حول المواد الربوية الستة، فقد أجازه عملاً بالعرف الشائع، وهو موقف سبقه إليه كلّ من مالك بن أنس وأبو يوسف. راجع: ابن رشد، بداية المجتهد، ج3، ص148، 155.

وتأسيساً على ذلك نبعت معايير جديدة للرّبا متحرّرة من قيود النّصوص. تجسّمت في أنّ الشروط المحدّدة للمواد الرّبوية ليست إلزاميّة ومفروضة بل هي عامّة لتيسير عملية المبادلة وتحاشي كلّ عوامل الريبة التي تؤدّي إلى إمكانيّة تفشّي الغش والاستغلال أو الغرر بعبارة الفقهاء. وسواء وقع تقدير البضاعة كيلاً أم وزناً فليس ذلك هو المهم طالما كان المعيار المقدّر به متعارفاً عليه وثابتاً ومقبولاً وهي ميزة العرف الشائع[1]. ومن ثمّ ظهر التمييز الجديد بين مختلف أصناف الرّبا، على الرغم من أنّ الموقف العام يحرّمها بناء على أحكام النصّ[2].

وإذا ما تجاوزنا فتاوى المسائل الشخصية والمبادلات والعقود التي يحضر فيها العرف مصدراً للحكم في تفصيلها أو تكييفها مع الواقع المخصوص، فإنّنا نجده حاضراً ضمن فتاوى مدرجة في أبواب فقهية أخرى؛ إذ إنّه ينطبق كذلك على أبواب التعبد والشعائر، على الرغم من أنّ مسائلها خارجة عن مجال الاجتهاد لدى الأصوليين بما أنّها من قطعيات النّصوص التي لا جدال فيها بحسب تأويلهم. لكنّ العرف يظهر فيها معدّلاً لبعض مظاهرها التي يخضع تطبيقها لمتغيّرات الزّمن وتبدّل الفضاء الاجتماعي

(1) تتوافر أمثلة أخرى على الرجوع إلى العرف مصدراً للحكم عند الونشريسي مثل قيمة النقد والصرف. المعيار المعرب، ج5، ص46ـ56. ومرافق البيوت المستأجرة: (م.ن)، ج5، ص86. وتقدير الأسعار: (م.ن)، ج5، ص91-96، 106. والخراج، (م.ن)، ج5، ص154.

(2) الموقف العام يحرّم الربا بنوعيه: النسيئة والفضل، الجليّ والخفي، لكن يبيح في العرايا ربا الفضل بحكم الحاجة. ويعلل ابن القيم ذاك بقوله: «وقد جوز الشارع بيع الرطب بالتمر لشهوة الرطب، وأين هذا من الحاجة إلى بيع المصوغ الذي تدعو الحاجة إلى بيعه وشرائه، فلم يبقَ إلا جواز بيعه كما تباع السلع فلو لم يجز بيعه بالدراهم فسدت مصالح الناس والنصوص الواردة عن النبي ﷺ - ليس فيها ما هو صريح في المنع وغايتها أن تكون عامة أو مطلقة». ابن القيم، إعلام الموقعين، ج2، ص159.

والجغرافي. وأهمّ الأمثلة المذكورة فيها هي كيفية أداء صدقة الفطر التي يضبطها بعض رجال الفتوى بواسطة العرف الشائع[1]. وكذلك فيما يتعلّق بالطهارة وتقدير مدّة الحيض[2] وفي مبطلات الصيام[3].

إن المقصد الأسمى للمفتي هو الإخبار عن الحكم الشرعي وبيان قابلية تطبيقه على أرض الواقع. وعادة ما يرتبط ذاك الإخبار بمراعاة سياقات مختلفة ومتنوعة. ولئن كان المغزى من الحكم الشرعي في حدّ ذاته تجسيد حكم الله تعالى المتعلّق بالمكلّفين، فإنّ الإفتاء هو بيان حكم الواقع المسؤول عنه[4]. وقد ربط ابن القيم بين الحكم والإخبار به في الفتوى وجعل شرط صحّة الفتوى بانطباق الحكم الشرعي على الواقع انطباقاً صحيحاً بقوله: «ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم:

أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علماً.

والثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان قوله في هذا الواقع، ثمّ يطبق أحدهما على الآخر»[5].

ومع ذلك، فإنّ الحكم المخبر به في الفتوى لا يرقى أحياناً إلى مرتبة الإلزام من النّاحية العملية وهو ما يميّزه عن حكم القضاء الذي يختصّ بصفة الإلزام، ويمثل حكم القضاء مع الفتوى أحد الأضلع المكوّنة للمدونة التشريعية

---

(1) يوجب بعض المفتين صدقة الفطر في أربعة أشياء هي الحنطة والشعير والتمر والزبيب، وهي نصف صاع من برّ أو زبيب أو صاع من شعير أو تمر. للمزيد راجع: الفتاوى الهندية، ج1، ص191.

(2) (م.ن)، ج1، ص39-40.

(3) (م.ن)، ج1، ص208.

(4) المناوي، محمد عبد الرؤوف، التوقيف على مهمّات التّعاريف، تحقيق محمد رضوان الدّاية، دار الفكر، بيروت، ط1، 1410هـ، ص79.

(5) ابن القيم، إعلام الموقعين، ج1، ص87.

الإسلامية إلى جانب الفقه والأصول، ولئن كان من ناحية الممارسة العملية في التاريخ عملاً مستقلاً عن الأصول فإنّ صلته به تبدو عميقة ومؤثرة، ذلك أنّ الأصوليين قد خاضوا في شروطه ومبادئه وكيفية بناء أحكامه إمّا في سياق الحديث عن الاجتهاد ضمن أبواب الأصول، وإمّا من خلال مؤلفات مستقلة تواتر ظهورها بعد القرن الخامس الهجري/الحادي عشر الميلادي حينما غدت الحاجة ملحّة لكي يواكب التشريع الفقهي متغيّرات الواقع، ولاسيما أنّ القضاء ملتصق أشدّ التصاقاً من الفقه والأصول بالمسائل العمليّة، وأكثر إلزاماً من الفتوى في أحكامه، وهذه المميزات هي التي جعلته يرتبط بالعرف وكيفية مواءمته مع المبادئ النّظرية للتشريع التي أقرتها المنظومة الأصوليّة.

3- العرف والقضاء:

أورد الأصوليون عدداً كبيراً من المميزات والفروق التي تفصل بين دلالة حكميْ كل من الفتوى والقضاء. وقد أجملناها في ثلاثة هي:

- فرق بين اللزوم وعدمه، ذلك أنّ حكم المفتي غير ملزم، فهو إخبار عن الحكم الشرعي والمستفتي له الخيار في قبوله أو تركه. أمّا حكم القاضي فهو إنشاء، ويلزم المحكوم بما تضمنه الحكم[1]. وقد لخّص القرافي ذلك بقوله: «المفتي مخبرٌ محض، والحاكم منفِّذٌ ومُمضٍ»[2].
- فرق في المسائل المتصلة بهما: فمسائل الفتوى تعمّ كلَّ الشريعة؛ أي تشتمل على الأحكام الاعتقادية والوضعية[3]. بينما مسائل القضاء أقرب إلى المعاملات وسائر القضايا الاجتماعية.

---

(1) ويعلّل القرافي الإلزام في حكم القضاء بعاملين: الأول تحاشي شيوع النزاعات والخلافات، والثاني تنصيص الشريعة على تكليفه شرعاً بذلك. راجع: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلاميّة، بيروت، ط2، 1995م، ص80. والفروق، ج2، ص179.

(2) القرافي، (م.ن)، ج4، ص113.

(3) «اعلم أن العبادات كلها على الإطلاق لا يدخلها الحكم ألبتة، بل الفتيا فقط، فكل =

- فرق في المتعلّق به: حكم الفتوى يتعلّق بالمستفتي وغيره. أمّا حكم القضاء فهو جزئي خاص لا يتعدى إلى غير المحكوم عليه وله[1].

ويتبيّن لنا، من خلال قراءة مختلف الآراء المتصلة بكيفية تمييز أحكام الفتاوى عن أحكام القضاء، إدراج دور للعرف في هذا التمييز انطلاقاً من خصائص خطاب كليْهما. ففي هذا الإطار أبرز القرافي الدور الجوهري له في التمييز بين الحكم القائم على الإخبار والحكم المستند إلى الإنشاء فيما اصطلح عليه بعبارة «النقل العرفي من الخبر إلى الإنشاء»[2]؛ ذلك أن عرف التخاطب في مجتمع ما لا يؤثّر في العلاقات بين العبارات ومعانيها فحسب؛ بل في الطرق والصيغ التي تعبّر بها تلك المعاني. وقد ورد ذلك في قوله: «فأي شيء نقلته العادة لمعنى صار صريحاً في العادة لذلك المعنى بالوضع العرفي، فيعتمد الحاكم عليه، كما يستفتى المفتي عن طلب النيّة معه لصراحته، وما لم تنقله العادة لإنشاء ذلك المعنى يتعذر الاعتماد عليه لعدم الدلالة اللغوية والعرفية»[3]. وعليه فإنّ غاية المفتي تتلخّص في شرح مقصد الشارع وقابلية انطباقها على الواقع. أما القاضي فإنّه مدعوّ إلى الحرص على صواب الحكم اعتماداً على سلامة الأدلة وجدوى الحجج والبراهين في حادثة ما. وقد يشتمل هذا على الشهود والقسم (الأيْمان) ومختلف أصناف القرائن الظرفية (وهي من متعلقات العرف وتوابعه ومكوّناته) مثل العادة الفردية التي يمكن أن تُعتمد في إثبات الادّعاء من عدمه[4].

= ما وجد فيها من الإخبارات فهي فتيا فقط فليس لحاكم أن يحكم بأن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة». القرافي، الفروق، ج4، ص112.

(1) ابن القيم، إعلام الموقعين، ج1، ص38.

(2) القرافي، الفروق، ج1، ص88.

(3) (م.ن).

(4) في معرض إيراده أمثلة تعلل الأحكام بالمصلحة عند الفقهاء وبعض الأصوليين، يذكر مصطفى شلبي المثال الذي ينطوي على اعتبار العادة الفردية جزءاً من الأدلّة والقرائن التي يمكن للقاضي اعتمادها في إثبات دعوى القتل في جريمة ما، فإن كان المقتول =

وإذا ما ابتعدنا عمّا يميّز حكم القاضي عن حكم المفتي أدركنا دوراً آخر للعرف تحدّث عنه الأصوليون في ضبط وظائف القضاء ومسؤوليات القاضي ذاته[1].

3-1- العرف ووظائف القضاء:

لا يحصر الأصوليون دور العرف فيما يميّز حكم الفتوى عن حكم القضاء، بل يدرجونه ضمن الشروط التي ينبغي توافرها في القائمين بالوظيفتيْن. ويلاحظ ابن القيم في هذا الإطار أنّه يتوجّب على كلٍّ من القاضي والمفتي الجمع بين صنفين من المعرفة. فإلى جانب معرفة الأدلة النّقلية يتوجب عليهما معرفة النّاس بما يمكنهما من فهم أحوال الحياة الاجتماعيّة المتقلّبة ومن إدراك طبيعة النّوازل والقضايا بعمق، والتحقّق من تفاصيل الواقع الموجود بدقّة. والجدير بالذكر أنّ صنفَيْ هذه المعرفة من المسائل التي خاض فيها الأصوليون أثناء تقسيمهم الأدلة إلى شرعية ووقوع[2]؛ إذْ يحيل الثّاني في الغالب على معنى ما يتحقّق ويُعلم أسباب

= الذي عادته السرقة والزنى قد قتل في ظرف مستراب يدعو إلى الظنّ بأنه مستعد لفعل تلك الأفعال بطل القصاص به. راجع: شلبي، تعليل الأحكام، ص79-80.

(1) يذكر أحد أهم فقهاء أدب القضاء وهو ابن أبي الدم (ت 646هـ/ 1248م) في مقدمة كتابه المخصص لهذا الغرض أنّ هدفه هو تمكين القضاة «مما اصطلح عليه الحكّام من المراسم الشرعية والوقائع الحكمية جملاً كثيرة وفوائد غزيرة ينتفع بها الحكّام وتابعوهم [من الكتّاب والوكلاء] والمتداعين المتناظرين، ثم اتباع ذلك بذكر أنموذجات من علم كتابة الشروط على مصطلح بلادنا وزماننا، موافقة لاصطلاح من تقدّم في المعنى وفي كثير من الألفاظ...». ونتبيّن من خلال هذا الشاهد أهمية الوعي بقيمة تحيين أعمال القضاة ووضعها في صلب مجريات التغير الذي يتحكم في الواقع ومنها الدعوة إلى ضرورة الانتباه إلى أهمية العراف في تغيير الأحكام. ابن أبي الدم، شهاب الدّين، كتاب أدب القضاء، تحقيق محمد عبد القادر محمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1987م، ص14-15.

(2) ابن عبد السلام، عز الدّين، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق طه عبد =

وقوعه مثل العلم بمواقيت الصلوات. ويحيل على الأدلّة البديهية المستعملة في القضاء لإقرار الدعوى أو إثبات شهادة الشهود[1].

وبغضّ النّظر عن ذلك، إنّ الحاكم والمفتي مدعوان إلى الاعتماد بشكل واسع على العرف السّائد أثناء تعديل الحكم العام لمواءمته مع الحدث المخصوص. ويرد أبرز مثال على ذلك تطبيق حدّ السرقة على السارق الذي يخفي المسروق في مكان آمن (الحرز). وبما أن كل متاع مسروق له مكانه الذي يخفى فيه فإنّ العرف هو الذي يضبط العلاقة بين نوع المسروق وحرزه. وإضافة إلى ذلك فإنّ ما يُعدّ حرزاً في جهة ما لا يُعدّ كذلك في جهة أخرى أو في زمن مغاير. ولتوجيه تهمة السرقة إلى شخص ما فإنّه يجب على القاضي أن يكون مقتنعاً بأنّ المتّهم المفترض قد قام بسرقة المتاع موضوع الحرز عمداً وسرّاً[2].

وتفتح مثل هذه الشروط العامة الجامعة بين ما ينبغي أن يتوافر في حكم المفتي والقاضي على حد سواء باب النّظر فيما ضبطه الأصوليون من مسؤوليات القضاء ووظائفه مقارنة بالمبادئ الأصولية الكبرى الراسخة. فهي من الأبواب التي خاضوا فيها وتجادلوا طويلاً، ولم يكن العرف بمعزل عن تلك الضوابط التي نظروا فيها[3]. وتتأسّس تلك الضوابط على رؤية ترى أنّ

= الرّؤوف سعد، مكتبة الكلّيات الأزهرية، القاهرة، 1991م، ج2، ص49. والقرافي، شرح تنقيح الفصول، ص445.

(1) ابن عبد السّلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، (الصفحة نفسها).

(2) «إذا ثبت اعتبار الحرز، والحرز ما عد حرزاً في العرف، فإنه لما ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه، علم أنه رد ذلك إلى أهل العرف؛ لأنه لا طريق إلى معرفته إلا من جهته، فيرجع إليه، كما رجعنا إليه»، ابن قدامة: «المغني»، ج9، ص111.

(3) يلاحظ ابن فرحون (ت 799هـ/ 1397م) أنّ مهام القاضي ووظائفه ومدى صلاحياته متوقفة على العرف في قوله: «واعلم أن الذي ينبغي أن يعول عليه في ذلك العرف وقد قال الإمام العلامة شمس الدين محمد بن قيم الجوزية الحنبلي: اعلم أن عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولي بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال =

الشريعة مؤلّفة من مبادئ عامّة يلجأ إليها القاضي لتفسير ما يعرض أمامه في ضوئها، فضلاً عن أنّ تلك المبادئ لا تتضمّن بالضرورة إحاطة بكلّ الحوادث والنّوازل. ولذا، فإنّه يتعيّن على القاضي أنْ يسعى إلى أدلّة أخرى غير مباشرة تتضمن رجوعاً إلى العرف الشائع في إقليمه وزمانه. ولا يشتمل هذا الرّجوع على معالجة القضايا الفردية والاستثنائيّة فحسب، بل يتعدّى ذلك إلى المظاهر الكبرى للتشريع التي تنتمي إلى سلطة القضاء وسائر مؤسساته مثل ولايات الحسبة والتحكيم والسعاة وجباة الصدقة وغيرها ممن ذكرها ابن فرحون في كتابه[1].

لقد أكّد أدب القضاء، باعتباره صنفاً من التأليف المتصل بمباحث الأصول والمتفرع عنها، على دور العرف شرطاً من شروط تأهيل القاضي المنشود. ومن بين أهم تلك الشروط معرفة لغة الإقليم الذي يخضع لقضائه والقدرة على فهم مختلف صيغ الأعراف القولية بها. وتعدّ تلك المعرفة ضرورية لبناء أحكام قابلة للتطبيق على واقع معيّن[2].

إنّ إجازة بعض الأصوليين للقضاة باللجوء إلى أدلّة أخرى حينما لا توفّر

= والعرف، وليس لذلك حد في الشرع فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأمكنة وفي بعض الأزمنة ما يدخل في ولاية الحرب، وقد تكون في بعض الأمكنة والأزمنة قاصرة على الأحكام الشرعية فقط، فيستفاد من ولاية القضاء في كل قطر ما جرت به العادة واقتضاه العرف، وهذا هو التحقيق في هذه المسألة». «تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام»، ج1، ص18.

(1) ابن فرحون: «تبصرة الحكام»، 1ج، ص19-21.

(2) «وينبغي للقاضي أن يكون متيقظاً كثير التحرز من الحيل وما يتم مثله على المغفل والناقص والمتهاون، وأن يكون عالماً بالشروط عارفاً بما لا بد منه من العربية واختلاف معاني العبارات، فإن الأحكام تختلف باختلاف العبارات في الدعاوى والإقرار والشهادات وغير ذلك. ولأن كتاب الشروط هو الذي يتضمن حقوق المحكوم له وعليه والشهادة تسمع بما فيه، فقد يكون العقد واقعاً على وجه يصحّ أو لا يصح، فيجب أن يكون فيه علم بتفصيل ذلك وبمجمله». (م.ن)، ج1، ص29.

الأحكام الشرعية الحلول الكافية لفضّ النّزاع في نازلة من النّوازل لهو دليل على تبلور وعي تدريجي بأهميّة التغير الاجتماعي مبدأ محرّكاً للواقع. وقد أثارت تلك الإجازة إشكالية الترجيح بين الأدلّة المتعارضة لدى القاضي. ووقعت معالجتها في ضوء الدّور الذي كان يعهد للعرف في القضاء.

3-2- العرف وأدلّة الترجيح عند القضاة:

تُعدّ القرائن العرفيّة في القضاء من الأدلّة الرّاجحة حينما تتعارض الحجج وتكون متكافئة ومتساوية. فقد منح الأصوليون الحجة الأكثر انسجاماً مع واقع العادات العرفية الأولوية من الاعتبار ما لم يمنحوه لغيرها. وقد بدت ملامح هذا الاتجاه بارزة لدى المالكية على وجه الخصوص من خلال الاعتماد على مبدأ عمل المدينة الذي يرجح لديهم على الخبر الآحاد في الغالب[1]. ولئن عرف بدوره جدلاً متجدّداً مع الأصوليين اللاحقين لمالك حينما قصروه -بفعل غلبة التقليد المذهبي- على عادات أهل المدينة بما حوّله إلى مفهوم مجرّد وشكليّ يضطلع بوظائف إيمانية على حساب الوظائف التشريعية، فإنّ أبا الوليد الباجي أورد عدداً من الأمثلة التي وظّف فيها القضاة هذا المبدأ لفسح مجال اختيار أوسع لعدد الآراء[2]. بينما استغله فقهاء المالكيّة في المغرب للإشارة إلى العدول عن الآراء المعروفة أو المشهورة نحو الرأي الضعيف المستند إلى عادات الجهات والأقاليم، وخصوصاً اختيار القاضي لرأي أضعف بسبب درء مفسدة أو جريان عرف في الأحكام[3]. ومع ذلك لم

(1) «فإذا كان خبراً صحبت غيره الأعمال قضى بما صحبته الأعمال، وهذا معلوم من أصل مالك -رحمه الله- إذ العمل مقدم على خبر الآحاد». ابن فرحون، (م.ن)، ج1، ص64.

(2) الباجي، أبو الوليد، فصول الأحكام، تحقيق محمّد أبو الأجفان، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2002م، ص119 (حول العقود المكتوبة)، وص135 وما بعدها (حول الشهادة).

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص69. والجيدي، العرف والعمل، ص342-343.

تكن نظرة فقهاء المالكية موحّدة حول مبدأ العمل، فبعضهم يقف منه موقفاً سلبياً، ويَعدّه الحلقة الأضعف في المذهب[1].

كانت المجالات التي استشار فيها القضاة العرف المحلّي متعدّدة ومتنوعة وأبرزها العقود ومسائل الأحوال الشخصية. فالعرف هو الذي كان يحدّد لديهم مثلاً إمكانية السماح للوكيل إمّا بقبض الثمن في العقود الصحيحة وإمّا قصر دوره على المفاوضة والوساطة فحسب[2]. وهو الذي يعتمد في الفصل بين المدّعي والمدّعى عليه. فالقرافي يرى أنّ المدّعي هو «من كان قوله على خلاف أصل أو عرف والمدّعى عليه من كان قوله على وفق أصل وعرف»[3]. ويدرج ابن فرحون في هذا الإطار اختلاف الفقهاء في ترجيح قول أحد الخصمين على الآخر مثل ادّعاء الزوجة على زوجها الحاضر معها عدم الإنفاق عليها. وهو الوضع الذي ترجح فيه المالكية، ومنهم فرحون، صدق الزوج بشهادة العرف. ولا يُلجأ إليه إلا مع تكافؤ دليليْن أو أكثر. فيما تعارضه الشافعية استمساكاً بالأصل، وهو عدم الإنفاق لترجيح قول المرأة[4]، وكذلك فيمن يدعي الحريّة بسبب السبي. فلا يكفي الأصل وهو عدم السبي إذا انتفى الكفر؛ بل لا بد من شهادة العرف كي تستقيم البيّنة[5].

---

(1) يُعزا هذا الرأي إلى الشاطبي الذي ذهب بعيداً في تفسير الفرق بين العرف والبدع، إذ عرّف البدعة بأنها «طريقة في الدين مخترعة تضاهي الشرعية يقصد بالسلوك عليها المبالغة في التعبد لله». وبناء عليه رفض مفهوم العمل المطلق الذي يقوم على إدخال العادات في العبادات لأنّها من البدع، راجع: الشاطبي، الاعتصام، ج1، ص37. والجيدي، العرف والعمل، ص349.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص162.

(3) (م.ن)، ج1، ص140.

(4) (م.ن)، ج1، ص141.

(5) «وكذلك مدعي حرية الأصل صغيراً كان أو كبيراً يقبل قوله؛ لأن الأصل في الناس الحرية، وإنما عرض لهم الملك بسبب السبي بشرط الكفر، والأصل عدم السبي ما لم يثبت عليه حوز الملك، فتكون دعوى الحرية حينئذٍ ناقلةً عن الأصل، فلا تسمع إلا ببيّنة، لكونه مدعياً، ولأن العرف يكذبه». تبصرة الحكام، الصفحة نفسها.

ويدمج كذلك ضمن معايير الترجيح في خلافات الأزواج بعد الطلاق حول المتاع. فالقضاة مطالبون بالعودة إلى العرف الشائع بالجهة أو الإقليم وتحكيمه في الأخذ إما بقول الزوج أو الزوجة[1]. وقد يُفهم من ذلك أنّ العرف لم يكن حاسماً في تعديل أحكام القضاة بالنّظر إلى ما كانت توفره أبواب الفقه من أحكام شرعيّة، بل كان حاسماً كذلك في تعديل الأحكام الفقهية ذاتها تبعاً لاختلاف السّياقات الجغرافية والاجتماعية[2].

وامتداداً لدخول العرف معياراً للترجيح بين الأدلّة في القضاء نجده كذلك شرطاً من الشروط الخمسة التي ضبطت التحقّق من الدعوى عند القاضي؛ إذ يرى ابن فرحون أنّه إذا شهدت العادة والعرف بكذبها ترفض. ويعدّد في ذلك أنواع الدّعاوي باعتبار هذا الشرط إلى ثلاثة هي: نوع تكذبه العادة، ونوع تصدّقه، وثالث متوسط لا تقضي العادة بصدقه ولا بكذبه. ومن خلال الأمثلة التي يقدّمها عن كلّ نوع ندرك أنّ دلالة العرف في هذا السياق تقترب من العقل والمنطق. ففي النوع الأوّل يقدّم مثال من يدعي على شخص أنه ابنه وهو أكبر منه سنّاً، وفي الثاني كادّعاء رجل مريض على فراش الموت بأنّ له ديناً لدى رجل أوصى بالتقاضي منه. أما الثالث فمثلها ادّعاء رجل أنّ له ديناً في ذمّة رجل فهي مسموعة تحتاج إلى إقامة بينة على مطابقتها[3].

واستمراراً مع هذه القضية خصّص أدب القضاء جزءاً كبيراً من مسائله لطرق إقامة البيّنة أمام القاضي التي تحيل مباشرة على الشهادة والشهود[4].

---

(1) (م.ن)، ج1، ص69.

(2) راجع أمثلة من الأحكام التي أقرها الفقه نقلاً عن القضاء فيما ذكره ابن فرحون في الباب الخامس والعشرين حول القضاء بقول المدّعي ورجحانه بالعوائد وقرائن الأحوال. (م.ن)، ج1، ص382-385.

(3) ابن فرحون، (م.ن)، ج1، ص148-149.

(4) «إذا عرفت هذه المقدّمة، فاعلم أنّ الشاهد يشترط فيه شروطاً مذكورة في كتب المذهب من الأهليّة، والعدالة، والانفكاك عن التهمة، وحفظ المروءة، وعدم =

ويحضر العرف هنا في إضافة بعض الفقهاء نوعاً من الشهادة التي يشهد فيها الشاهد على أساس تداولها الواسع. وتسمّى عندهم بالاستفاضة. وهي في أصلها اصطلاح لصنف من المعرفة التي يشترك فيها جمع كبير من النّاس في وسط معيّن تعسر معه فرضية القبول بالاختراع. وعلى الرغم من أنّها تقوم على الظنّ الغالب الحاصل للشاهد فإنها تُعدّ قريبة من اليقين. وتعدّ الشهادة على الملك والنسب والموت مما يعتمد فيها عليها[1]. وبهذا المعنى إنّ مفهومها يرتقي بالشهادة إلى مستوى الاستدلال العام المشترك بين الجمع الغفير. وهي الطريقة التي يوظفها القضاء كما الفقه في الأوضاع التي تقوم على المعرفة العامة أو الذاكرة الجمعيّة. وتبعاً لذلك عُدّت بعض القرائن المستندة إلى واقع العادات قرائن قطعيّة تكفي لكي تكون بيّنة نهائيّة كافية للقضاء مثل رؤية شخص خارج من دار وهو مرتبك وفي يده سكّين ملوّث بالدّم، ووُجد في الدّار شخص ذبيح يضطرب، فإنّ ذلك يعدّ بينة على أنّ الأول قاتل[2].

وهكذا، ومن خلال هذه المسائل التي كان يطرقها القضاء تبرز ميزة الكتّاب الذين كانوا ينظّرون لأدبه في أنّهم لا يحصرون مسائل هذا الميدان وإشكالاته وطرقه وإجراءاته في المجادلات النظريّة المحضة، بل يعالجونها عبر تقديم أحكام فوريّة بذكر بعض الصيغ والمعايير الثابتة والجاهزة التي تستعمل عادة في مجال المعاملات والعقود والصفقات. فابن أبي الدم مثلاً

= الفسق، وغير ذلك، ومنها ما هو متفق عليه عندنا، ومنها ما هو مختلف فيه». ابن أبي الدّم، كتاب أدب القضاء، ص267.

(1) «أما الشهادة بالملك، والنّسب، والموت، فيكفي في تحمّل الشهادة بها الظنّ الغالب الحاصل للشاهد، وهو الاستفاضة». ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء، ص269. وكذلك: الباجي، فصول الأحكام، ص127.

(2) يلحظ أن الاستناد إلى القرائن العرفية في البينة على التحقق من جريمة القتل استمرّ مع تدوين مجلة الأحكام العدلية العثمانية في القرن التاسع عشر الميلادي. راجع: الزّرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص936.

يقدّم مثل هذه الصيغ المعيارية مقترنة بشرح مفصّل يهدف إلى تكييفها مع السياق الاجتماعي والتاريخي المرتبط بها. ففي معالجته لبعض نماذج عقود البيع يحدّد نوع النقد ووزنه الذي ينبغي التعامل به[1]. ويميّز كذلك بين مختلف العقود طبقاً لموادها. فعقود بيع العقارات تختلف بحسب نوع العقار، لأنّ عقد بيع الدار ليس عقد بيع الحمّام أو الحجرة أو البستان أو الجزء المشاع وفقاً لعبارته[2]. والأهم من كلّ ذلك أنّ طبيعة هذه المسائل وجدواها ونفعها العام ينبغي تضمينها أو استبعادها وفقاً لشروط الممارسة العرفية الشائعة. وإجمالاً، إنّ العقود ينبغي أن تتضمّن شروطاً مفصّلة وقاطعة بغية استبعاد إمكانية نشوب النزاعات وتقليص مساحاتها[3]. ومن ثَمّ إنّ الفرضية المضمرة من وراء ذلك تتمثّل في أنّ تجاهل العرف قد يكون عائقاً من عوائق تحقيق مقاصد الشرع برفع وتيرة الاحتمالات المولّدة لنشوب النزاعات والخلافات.

وإجمالاً يظهر العرف في حضوره أساساً من الأسس المتينة المعتمد عليها في القضاء سواء في ضبط وظائف القضاة أم في تحديد أدواته أم في وسائل الترجيح والتحقّق والفصل بين الخصوم والمتنازعين. ومن ثَمَّ اكتسب منزلة كبرى مقارنة بالمسائل الأصولية النّظرية التي عالجناها في الأدلّة وشرط المجتهد. وبهذا ندرك الهوة الفاصلة بين منزلته في الأصول باعتباره موضوعياً نظرياً وقيمته في القضاء باعتباره مسألة عملية واجتماعية ملموسة.

---

(1) ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء، ص369-389.

(2) (م.ن)، ص381-387.

(3) «فإذا عرفت هذا فينبغي أن يكتب الشروطي في كتاب ابتياع القرية: بجميع حقوقها وحدودها، وأراضيها ومزارعها، وسهلها، وجبلها، ومعتملها ومعطّلها وبيوتها ومساكنها، وأشجارها، ومغرها، ودمنها، وصيرها، ومراعيها، ومصايفها، ومشاتيها، وبيادرها، وأنهارها، وحجرها، وآكامها، وأوديتها، ومياهها، ويزيد في ذلك ألفاظاً تنفي الاحتمال وتمنع الخلاف وتقطع دابر المخاصمات». كتاب أدب القضاء، ص376.

خاتمة الفصل:

حاولنا، خلال هذا الفصل، أن نبرز أوجه العلاقات التي ربطت الاجتهاد والفتوى والقضاء مثلما نظّر لها الأصوليون سواء في المدونات الكبرى أم في المؤلّفات الفرعيّة المتولدة عنها كأدبَي الإفتاء والقضاء. وقد تبيّنا عبر رصد مختلف الأبواب التي عالجوا فيها هذه القضايا وضمّنوها آراءهم أنّ العرف تراوح في مواقفهم حول تلك المسائل بين تحجيم لدوره من جهة وإبراز القيمة والصدى من جهة أخرى. وقد كان تقديم شروط المعرفة الصارمة بأدلّة النقل مثلاً وما اتصل بها من ضمن أسباب هذا التحجيم. وهو ما أفرز وضعاً لا يُعتد فيه بالعرف ضمن مسار الاجتهاد. وكان من أثرها سيادة حالة من الجمود الفقهي طيلة الحقبة الكلاسيكية بين القرنيْن الثالث/التاسع والخامس/الحادي عشر حين أُعلن عن خلوّ الزّمان من المجتهدين ووقع الإعلاء من شأن سلطة الماضي والسلف الصالح على حساب الاجتهاد المنفتح على الواقع الذي عرفته المرحلة المبكرة للإسلام. وقد نتج إثر تكريس التقليد المذهبي استفحال ظاهرة استعمال القياس الفقهي وتوسعها باعتبارها خير أداة لمعالجة النوازل الطارئة لتغدو تدريجياً ضرباً من الحيل والعمليّات المنطقية الشكلية كان يتوسل بها الفقيه بحثاً عن الانسجام بدل استنباط الحكم الملائم للسياق والظرف. وبهذا انتهى هذا المسار إلى تدهور شامل للتشريع الإسلامي غاب من خلاله إبداع العقل الفقهي في استنباط الحلول الكفيلة لمعالجة القضايا المطروحة علاجاً ناجعاً يمكّن من التعامل الإيجابي مع البنى الاجتماعية والاقتصاديّة[1].

ومن الطبيعي أن يفرز ذلك الوضع مراجعة ضمن آفاق التفكير الأصولي المحدودة اتسمت بطابعها الجزئي، وتعلّقت ببعض الأدلّة التكميلية المختلف فيها لتنفتح على بعض مسائل الاجتهاد والفتوى، ولاسيما المتعلقة منها

(1) Johansen, Ibid, p.139.

بالشروط. فقد أدّى ضغط الواقع وتحرّر الفتاوى من رباط المقدّمات الأصولية المتحجرة بمرور الزّمن إلى تضمين مبدأ معرفة الناس وضرورة التحلّي بصفة «فقه النفس» من الشروط اللازمة لكلّ من المجتهد والمفتي. وكانت تلك مقدّمات غير مباشرة للاعتراف بدليل العرف شرطاً من الشروط المضافة إلى شروط النقل. وأسهمت بعض التجارب الفقهية الهامشية، ولاسيما الإباضية، في تكريس بُعد الانفتاح على العرف المحلّي في الاجتهاد انطلاقاً من قراءة مذهبية تعلل ذلك بتعطّل إمكانيّة تطبيق الحدود في واقع لم تتهيّأ له الظروف السياسية اللازمة له وفقاً لتأويلهم.

وإذا كان مجال الاجتهاد أقلّ انفتاحاً على العرف بحكم الطابع النّظري والصرامة الدينية للأصوليين التي أقصت كل مصدر للاجتهاد يتوسل بالعرف أداة لفهم الواقع والوعي بخصوصياته، فإنّ مجالَي الإفتاء والقضاء قد عرفا انفتاحاً أوسع نظراً إلى طبيعتهما العملية وارتباط أحكامهما الوثيق والعضوي بمجريات الواقع. فالإفتاء تاريخياً نشأ قبل الفقه، ومورس على نطاق واسع قبل انغلاق المدونات وتثبيت أحكامها. وكان من النّاحية العملية والواقعيّة المادّة الجاهزة لتبويب الفقه عند العديد من الفقهاء مثل ابن رشد، والنووي، والسبكي[1]. وعكس من الناحية الاجتماعيّة مضامين السياق الاجتماعي المخصوص أكثر من تعبيره عن أحكام الشريعة المطلقة. بل خضع تطوره لتطور الأعراف الاجتماعية بناء على تغيّر البنى العمرانية والاقتصادية المشكلة للواقع الاجتماعي طول العهد العباسي وما تلاه.

ولئن كان القضاء شبيهاً بالفتوى في الشروط التي نصّ الأصوليون على ضرورة توافرها لدى كلّ من المفتي والقاضي وخصوصاً لدى كتّاب أدب الفتوى والقضاء، فإنّ ميزة حكمه الإلزامي فسحت المجال واسعاً لحضور

(1) Hallaq, «From Fatwas to Furu': Growth and Change in Islamic Substantive Law», Ibid, p.43.

العرف بمظهر أقوى وأنفذ. فإضافة إلى اقترانهما العضوي نشأةً وولادةً باعتبار أنّ القضاء كان امتداداً لتقاليد التحكيم العرفي وموروث الشعوب القانوني في فض نزاعات أفرادها[1] وجماعاتها كان مجاله مقتصراً على المسائل الوضعيّة دون سواها (المعاملات والعقود والأحوال الشخصيّة)، فضلاً عن راهنية أحكامه واتصالها بالحالات الجزئية والتفصيلية التي لا يمكن سحبها على العموم. وهذا ما أكسبه بعداً عملياً بحتاً من جهة، وجعل أدلته الغالبة عند القاضي أدلّة وقوع قائمة على مراعاة قرائن الأحوال قبل جزئيات النّصوص من جهة أخرى.

ونظراً إلى طبيعة حكمه الإلزامي على صعيد الواقع فإنّ ما أكسب القضاء خصوصيّة مقارنة بالمجالات الأخرى للتشريع في صلته بالعرف هي الأولوية المقدّمة لأدلّة الترجيح العرفيّة على حساب غيرها من أنواع الأدلّة. فالمالكية كانت تعتمد على مبدأ العمل لتوسيع دائرة الاختيار عند القاضي في حكمه، وقابلية تبنّي الآراء الضعيفة أصولياً تلك التي تعتمد على العرف الشائع في الغالب بدلاً من النصّ الشرعي. وكذلك الشأن في ما يتعلّق بالفصل بين المدعي والمدّعى عليه إذ ثبّت البعض قرينة العرف دليلاً للتحقّق من البيّنة وصدق الشهود ومعياراً فاصلاً في قضايا السرقة والنزاعات الزوجية بعد الطلاق والمعاملات بأنواعها ومن ضمن الشروط التي تضبط تفاصيل العقود، وعاملاً فاعلاً تحقيق المقصد من الشرع من خلال دوره في تقليص حدّة النزاع المتولد من الإطلاق والغموض الذي يكتنف الحكم الشرعي في النصّ.

وعليه، إنّ الشروط التي نصّ عليها أدباء القضاء كانت تنطوي ضمنياً على فهم آخر للشريعة ألا وهو أنّ الأحكام الشرعية ليست إلا أطراً دينية

---

(1) انظر القسم الفرعي الثالث من الفصل الثالث بعنوان «صيغ فضّ النّزاعات»: (Les modalités de résolution des conflits) لـ: نوربار رولان في كتابه: الإناسة القانونيّة:
Norbert Rouland, Anthropologie juridique, pp.263-287.

للشريعة يغلب عليها العموم والإطلاق. أما العرف فهو سياقها الاجتماعي الذي يحدّد تفاصيلها في الواقع. وينكشف عن هذا استنتاج تصور آخر لصلة القضاء بسائر أصناف التشريع الأخرى؛ إذ الغالب على الظنّ لدينا أنّ أحكام القضاء متأثرة بمقولات الفقه والأصول. في حين أنّ الأصل هو العكس فأبواب الفقه وفروعه في مجال المعاملات والعقود تزخر بإشارات كثيرة إلى أعراف التجّار وأصحاب الصنائع وصيغ التعامل العرفية في الزواج وما إليها. وهو ما يجعلنا نفهم أنّ القضاء كان قناة التأثير الكبرى التي أسهمت في تشكّل المدونة التشريعية الإسلامية باعتبار أنّه كان يعالج قضايا جزئية ومحليّة يختلف بعضها عن بعض باختلاف الجهة والزّمان والسيّاق. وقد كان ذلك منطلقاً للحديث عن الفرق بين العرف والعرف الخاص عند الأصوليين.

إنّ حيوية أيّ نظام تشريعي/ قانوني تتوقف على توافر شرطين أساسيَّيْن هما: قابليّة الفهم وقابليّة التطبيق. وهما شرطان متلازمان لا يتحقّق أحدهما دون الآخر. ويبدو واضحاً من خلال هذا الفصل أنّ العرف كان عنصراً ضرورياً لتحقيق هذين الشرطيْن. فميزته الإلزامية التي تتفق مع الطابع الإلزامي للقضاء، إضافة إلى صبغته العمليّة وقدرته على التكيف مع تغير أنماط العيش في الواقع، تجعله شرطاً معتبراً في جميع أصناف التشريع البشرية. وفضلاً عن ذلك إنّ حضوره الدّقيق ضمن جميع مسالك المسائل المتعلقة بالحياة اليومية والفرديّة وتفاصيلها أفرز كمّاً هائلاً من الفتاوى والأحكام الفقهية والقضائية التي وسّعت من فروع الفقه إلى الحدّ الذي هدّد بانقلاب الاختلافات الفقهية إلى نزاعات مذهبيّة وسياسيّة استوجبت عملاً أصولياً جامعاً لها سُمي بالقواعد الفقهية التي لم يخلُ الخوض فيها من التعرّض إلى صلتها بالعرف، وهو ما سيكون مجال بحثنا في الفصل الآتي.



الفصل الثاني

العرف والقواعد الفقهية

مقدّمة:

تُعدّ القواعد الفقهية من أبرز مكوّنات المدونة التشريعية الإسلاميّة الوسيطة إلى جانب الأصول والفقه، فقد عُدَّت أهمّ فنّ من فنون التشريع الفقهي التي انطوت على دور واسع وجوهري للعرف طول المرحلة التي أعقبت استقرار المدونات الأصولية الكبرى بعد القرن الخامس الهجري/ الحادي عشر الميلادي. ومثّل التدوين الذي رافق استقرار مؤسسات الدولة المركزية أهمّ عوامل تطوّر تلك القواعد التي نشأت في الأصل لتلخّص الكمّ الهائل من الآراء الفقهية والأحكام الفرعيّة المتولّدة عن الاجتهاد الفقهي المتواصل طول القرنيْن الأول والثاني للهجرة قبل ظهور علم الأصول[1]. وكانت عملية التقعيد تلك تحمل في طيّاتها منزعاً شمولياً للإحاطة بكلّ القضايا التفصيلية التي كانت تطرح نفسها على المجتهد من أجل استنباط العناصر المشتركة التي يمكن تطبيقها على المسائل المتشابهة[2]. ومع التطوّر التاريخي، وإثر الغياب والفراغ الذي خلّفه الرّسول بات جليّاً أنّ القرآن

---

(1) الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط4، 1998م، ص25-26.

(2) Khaleed Mohammed, "The Islamic Law Maxims", Islamic Studies, Vol.44. No. 2 (Summer 2005), p.192.

والحديث والسيرة لم تعد توفر الحلول الكافيّة للقضايا الطّارئة. وهذا ما حتّم الحاجة إلى تفكير منظّم لمقاربة النوازل ومعالجتها أكثر مما كانت تقدّمه تلك الأدلّة[1]. ومن ثمّ كانت لتلك التراكمات الأثر الحاسم في صياغة القواعد الفقهية باعتبارها عملاً تأليفياً هدفه تقعيد الآراء وردّها إلى أصول واحدة وكليّات جامعة.

ومع ذلك، لم تنحصر عوامل النشأة والتطور فيما اقتضاه الواقع التشريعي، وأوجبه التغيّر الاجتماعي فحسب، بل في تأثير التطورات التي شهدتها المباحث الأصوليّة كذلك. ويبرز ذاك في ما أثارته تلك المباحث من إشكاليات تلامس جوهر عمليّة التشريع وكيفية استنباط الأحكام. وأهمها إشكاليّة تعليل الأحكام التي غدت عملاً قارّاً ولازماً عند الفقهاء للإقناع بشرعية الحكم الفقهي. وكانت باباً من أبواب استعمال مسالك القياس والاستحسان مصدرَيْن من مصادر تقعيد تلك القواعد[2].

وحتّى نفهم الصلات العميقة والخفيّة بين الاختصاصَيْن وجب النّظر في المعنى الاصطلاحي للقاعدة الفقهية عند الأصوليين. فمعناها يشير لديهم إلى الأمر الكلّي الذي تنطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها[3]. ومنها تولّد المفهوم للدلالة على معنى الأحكام الأغلبية غير المطردة. وعليه كان سبيلها إلى توحيد الأحكام المنطبقة على جزئيات الأحوال منهج القياس في العموم. بيْد أنّ انعدام الاطّراد وحضور المستثنيات من شأنه أن يعدل بالقياس إلى الاستحسان في استنباط تلك القواعد[4]. وتبعاً لذلك تبدو وشائج الاتصال بين أصول الفقه الباحثة عن حجيّة الأدلّة وكيفيّة إجرائها والقواعد الفقهية المتأسّسة على معنى استنباط القاعدة الجامعة لشتات الأحكام قائمة.

---

(1) Ibid.

(2) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص969.

(3) السبكي، الأشباه والنّظائر، ج1، ص11.

(4) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص966.

فمن وظائف الأصول أنْ توفّر الأدلّة اللازمة لبناء القاعدة التي تستقرئ الأحوال والجزئيات وتعكس مظهر التفكير المنظّم في الحقل الفقهي الموحّد لمعايير التشريع. وقد عبّر القرافي عن هذا الارتباط بين صنفي التشريع الفقهي في مقدمة كتاب (**الفروق**)[1].

وفضلاً عمّا يشكّله الاختصاصان باعتبارهما عماد الشريعة وقوام الاجتهاد الفقهي وما يميز بين أدوارهما في الحقل التشريعي عموماً، فإنّ ما يفهم من الشاهد الآنف الذكر هو أنّ القاعدة الأصولية لا يؤخذ منها الحكم الفقهي مباشرة بل يُستنبط بوساطتها الحكم من الدّليل التفصيلي. فيكون موضوعها دوماً الدّليل والحكم. وبناء عليه فهي ميزان يُضبط به الاستنباط الصحيح. أما القاعدة الفقهية فهي نابعة من استقراء الفروع والجزئيات والمسائل المتوافرة في المدونة الفقهية وإجمالها في قواعد جامعة ومنها يؤخذ الحكم الشرعي مباشرة مثل قاعدة «الأمور بمقاصدها» التي تُعتمد في وجوب النية للصلاة والوضوء واعتبار المقاصد في البيع والتمييز بين القتل العمد والقتل الخطأ. وتكون تلك القاعدة مما يطبّق في فروع الفقه وأبوابه وموضوعها فعل المكلّف، وإذا كانت قواعد الأصول قواعد كليّة تنطبق على جميع جزئياتها ومواضيعها فإنّ القواعد الفقهية أغلبيّة يكون الحكم فيها على أغلب الجزئيّات وتنفرد الجزئيات بأحكام مختلفة غير متطابقة مع القواعد[2].

---

(1) «فإن الشريعة المعظمة المحمدية زاد الله تعالى منارها شرفاً وعلواً اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان: أحدهما المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو الأمر للوجوب والنهي للتحريم والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك، وما خرج عن هذا النمط إلا كون القياس حجة وخبر الواحد وصفات المجتهدين. والقسم الثاني قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة». القرافي، الفروق، ج1، ص2.

(2) الندوي، القواعد الفقهيّة، ص68.

إنّ طبيعة العلاقة بين الاختصاصين وإن كانت دقيقة ومتضمنة للكثير من الجزئيات الفاصلة بينهما أحياناً والجامعة في أخرى فإنها اصطبغت ببعد فكري ومعرفي مشترك في سياق تطورهما التّاريخي على وجه الخصوص. ويُنسب لأبي الحسن الكرخي (ت 340هـ/ 952م) أنّه أول من دوّن القواعد في كتاب حمل عنواناً هو (**أصول الكرخي**). وكان يُنظر إليه عند لاحقيه من أتباع المذهب الحنفي ومن منطلق عنوانه وعدم استقرار المصطلحات الفقهية إلى أنّه عمل أصولي ليعكس بتلك الصفة ذروة التداخل بين الاختصاصيْن في زمن لم تتبلور فيه بعد المفاهيم الأصولية بشكل نهائي وقطعي[1]. وإذا كان هذا دليلاً على وحدة المسار التاريخي بينهما من جهة النشأة والولادة فإنّه من المنطقي أن نرى عند الطيف الأوسع من علماء الشريعة أنّ القاعدة الأصوليّة سابقة للقاعدة الفقهية باعتبارها شرطاً من شروطها عند استنباط الحكم. ويظهر ذلك في أنّ القاعدة الفقهية ذاتها متأخرة في وجودها الذّهني والواقعي عن الفروع التي هي جامعة لأشتاتها ورابطة بينها وموحدة لمعانيها. أمّا القاعدة الأصوليّة فيُفترض أن تكون موجودة قبل فروع الفقه، لأنّها القيد الذي يسلطه الفقيه على نفسه قبل التوصّل إلى استنباط الحكم. ومن هنا يمكن اعتبار القواعد الفقهية امتداداً لتطور مسار علم الأصول ومفاهيمه من جهة ومرآة عاكسة لمدى استجابة فروع الفقه لمنهج الأصوليين في التعامل مع إشكاليات الواقع الطّارئة وتفسيرها وتعليلها وإكسابها معقوليّة دينية وتاريخية في آن واحد من جهة أخرى.

---

(1) يشير عدد من الدّارسين إلى أنّ تدوين القواعد الفقهية قد بدأ منذ أواخر القرن الثالث للهجرة/ التاسع للميلاد مع الأصولي الحنفي أبي الحسن الكرخي في رسالة مخصّصة للغرض، وكان قد جمعها عن الفقيه الحنفي أبي الطّاهر الدبّاس الذي جمع بدوره أهم قواعد مذهب أبي حنيفة. راجع الزرقا: المدخل الفقهي العام، ص970- 971. وكذلك دراسة محمد هاشم كمالي:
Mohammad Hashim Kamali, "Legal Maxims and Other Genres of Literature in Islamic Jurisprudence", in Arab Law Quarterly, Vol. 20. No. 1(2006), p.91.

لا يتأتى اكتساب هذه المعقوليّة عبر هذه العلاقة التي تسبق فيها الأصول القواعد لكي تمثّل الإطار النّاظم لها، بل ينجلي في ذلك الجدل المتعلّق بكيفية جعل الشريعة مواكبة لمتغيّرات الواقع وتبدلاته. وإذا كنّا قد ألمحنا إلى دور الجدل حول التعليل بالحكمة في تطوير القواعد الفقهية فإنّ تطوّر مفهوم المقصد الشرعي داخل علم الأصول كان له الإسهام الفاعل في تحوّل تلك القواعد أفقاً من آفاق التفكير الأصولي حين غدا، بعد مرحلة التأسيس، يرنو إلى التفاعل مع الواقع. ويظهر ذلك جليّاً بعد الحسم في الأدلّة الأصولية الكبرى بالتزامن مع ترسيخ المبادئ الكلامية الأشعرية عقيدةً للدّولة في اتّجاه العناية بالأدلّة التكميلية التي كانت امتداداً لهاجس التوفيق بين الدّين والدّنيا لدى الأصوليين. وإذا كان عدد من الدّارسين قد حاول التمييز بين القاعدة الأصولية ونظيرتها الفقهية من جهة اعتبار الأولى ذريعة لاستنباط الأحكام الشرعية العمليّة، والثانيّة هي الحكم الأغلبي للمسائل المتشابهة التي تجمعها علّة واحدة تيسيراً للاجتهاد الفقهي[1]، فإنّ التداخل بينهما بات أمراً حتمياً بالنّظر إلى التفاعل الطبيعي بين الاختصاصَيْن الذي أسهم فيه تطوّر النّظر إلى الأدلّة التكميليّة، ولاسيما المصلحة إلى جانب التطوّر التدريجي لمفهوم المقصد الشرعي. ولعلّ من أهمّ ما يعكس مظاهر التداخل بينهما هو العرف، فلو نُظر إليه في الفرع الفقهي باعتباره موضوعاً، أي دليلاً، وفُسّر بالإجماع أو المصلحة كان قاعدة أصولية يتأسّس عليها الحكم ولو نُظر إليه باعتباره فعلاً للمكلّف مثّل تفسير المعنى الذي يغلب على قول معيّن أو الفعل الذي يتواتر العمل به كان قاعدة فقهية[2].

وهكذا، عبّر هذا التداخل الذي مزج القاعدة الأصولية بالقاعدة الفقهية عن سمة من سمات التشريع الإسلامي الوسيط ألا وهي السعي إلى تكريس

---

(1) النّدوي، القواعد الفقهيّة، ص69.

(2) الندوي، (م.ن)، ص70-71.

المرونة في المواءمة بين المبادئ النّظرية الكبرى ممثلة في ترتيب الأدلة والمقتضيات العمليّة للتشريع التي كانت تحتّم إيجاد نظام إجرائي متين للتفسير والتعليل والاستنباط يُحتكم إليه بعيداً عن المجادلات النّظرية (الكلاميّة) إثر حسم أمرها تاريخياً في ذلك الحين.

1- العرف ومراحل تطوّر القواعد الفقهية:

ليس الغرض من هذا الفصل أن نعرض لتاريخ تطوّر القواعد الفقهية في حد ذاته، وإنّما بيان تأثيره في صياغة المفهوم الأصولي للعرف، ولذلك نجد أنفسنا مرغمين على استعراض مراحل تطور هذا الصنف من التشريع باعتباره يمثل مفصلاً أساسياً وركناً ضرورياً نتبيّن من خلاله التطور الحاصل في مفهوم العرف ذاته داخل الحقل الأصولي.

يقسّم عدد مهمٌّ من الدّارسين أطوار نموّ القواعد الفقهية إلى ثلاث هي: طور النّشوء والتكوين، فطور النمو والتّدوين، ثم طور الرّسوخ والتنسيق مع بداية تدوين (مجلة الأحكام العدليّة) العثمانية في العصر الحديث[1].

بدأت المرحلة الأولى في عصر الرّسالة، وامتدّت إلى حدود القرن الثالث للهجرة/التاسع للميلاد، ومثّلت النّصوص التأسيسيّة المبكرة: القرآن والحديث، إضافة إلى السّير النواة الأولى لتشكّل القواعد الفقهية. وقد صيغت منها نصوص القواعد حرفيّاً مثل الآيات القرآنيّة الآتية: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البَقَرَة: 185]، ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البَقَرَة: 173]، و﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْۗ﴾ [البَقَرَة: 286]، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍۚ﴾ [الحَجّ: 78] وغيرها. أمّا الحديث النبوي فنجد أشهرها: «إنما الأعمال بالنّيات»[2]، وكذلك الشأن في عدد آخر منطوٍ على أحكام مستمدّة

(1) النّدوي، القواعد الفقهيّة، ص87.

(2) صحيح البخاري، ج1، ص2.

من العرف منطلقها، على سبيل المثال، الأحاديث الآتيّة: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، يسعى بذمتهم أدناهم، ويجير عليهم أقصاهم، وهم يد على من سواهم»[1]، و«العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضى، والزعيم غارم»[2]. ونجد أخرى منطلقها ما جاء في مآثر الصحابة التي استعملت لصياغة قواعد فقهية لا تخفى صلتها بالعرف مثل قول عمر بن الخطّاب: «مقاطع الحقوق عند الشروط»[3]، وهو ما اعتمد في أبواب شروط النكاح والمهر مع الفقهاء اللاحقين[4]. وكذلك في قول علي بن أبي طالب: «من قاسم الرّبح فلا ضمان عليه»[5]، الذي استعمل قاعدة في أبواب المعاملات المالية والدّيْن والمرابحة[6].

ولئن كانت تلك النصوص المبكرة المعين الأول الذي استُمدت منه أهم القواعد الفقهية، فإنّ نصوص القضاة الأوائل في القرن الأوّل شكّلت بدورها رافداً من روافدها، وهي نصوص يطغى عليها البعد العرفي لاتصالها بمجال المعاملات على وجه الخصوص. وأشهرها ما أُثِرَ عن القاضي شريح بن الحارث الكندي (ت 76هـ/ 695م) من قوله: «من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه»[7]، وهو ما اعتمد في أبواب الكراء في الفقه. وقوله: «الناتج أحق من العارف» المعتمد في إقامة البيّنة على دعوى امتلاك سلعة ما[8].

وتُضاف إلى القواعد الموروثة عن القضاء المبكر قواعد أخرى وُرثت

(1) سنن أبي داود، دار الكتاب العربي، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ج3، ص34.
(2) (م.ن)، ج3، ص321.
(3) صحيح البخاري، ج3، ص249.
(4) الندوي، القواعد الفقهية، ص92.
(5) الصنعاني، أبو بكر، مصنف عبد الرّزاق، تحقيق عبد الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403هـ، ج8، ص253.
(6) النّدوي، القواعد الفقهية، ص92.
(7) صحيح البخاري، ج3، ص259.
(8) الصنعاني، مصنّف عبد الرّزاق، ج8، ص277. النّدوي، القواعد الفقهية، ص93.

عن الفقه الحنفي طول القرن الثاني/الثامن، وأشهرها ما استُمِدّ من كتاب (**الخراج**) لأبي يوسف الذي عرف بانفتاحه الواسع على أعراف المجتمع العباسي المتنوعة فضلاً عن اعتماده للرأي مصدراً من مصادر التشريع. وتذكر الكثير من المصادر أنّ جلّ تلك القواعد كانت تتعلّق بقضايا خلافية متصلة بمجال الحدود والمعاملات والميراث مما لا تشتمل فيه على نصوص قطعية واضحة من الوحي أو السيرة. وأهمها: «التعزير إلى الإمام على قدر عظم الجرم وصغره»[1]، و«كلّ من مات من المسلمين ولا وارث له، فماله لبيت المال»[2]. واتُّخِذت بعض الآراء الأخرى مادّة لصياغة قواعد موجزة محكمة البيان مثل قوله: «ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحقّ ثابت معروف»[3]. وهي التي صيغت منها قاعدة «القديم يترك على قدمه»[4]. وكذلك في قاعدة «لا ينبغي لأحد أنْ يُحدث شيئاً عن طريق المسلمين ممّا يضرّهم، ولا يجوز للإمام أن يقطع شيئاً مما فيه الضّرر عليهم»[5] المعتمد عليها فيما بعد لصياغة القاعدة المعروفة «التّصرّف على الرّعيّة منوط بالمصلحة»[6].

وإلى جانب ما استوحاه سائر الفقهاء من جهود أبي يوسف الفقهية في تقعيد القواعد الفقهية استثمرت جهود أبي الحسن الشيباني في تعليل المسائل لاستخراج القواعد منها، وأهمّها قاعدة «اليقين لا يزول بالشكّ»[7].

---

(1) أبو يوسف، الخراج، ص182.
(2) (م.ن)، ص202.
(3) (م.ن)، ص78.
(4) الندوي، القواعد الفقهيّة، ص95.
(5) أبو يوسف، الخراج، ص106.
(6) الندوي، القواعد الفقهيّة، ص96.
(7) صيغت هذه القاعدة بناء على ما يسمى بالتعليل بأكبر الرأي أو الظن الغالب في مسألة من يشكّ في الوضوء أنّه أحدث أو من يخبره بذلك من الثقات وهو تعليل بأكبر الرّأي أو بالظنّ الغالب الذي يقتضي إعادة الوضوء قبل الصلاة، وإذا صلّى على وضوئه الأول جاز له حتى يستيقن بالحدث. الندوي، (م.ن)، ص97.

أمّا المرحلة الثانيّة، التي بدأت مع نهاية القرن الثالث/التاسع وبداية القرن الرابع الهجري/العاشر الميلادي، فهي المرحلة الأكثر أهمّية بالنسبة إلى هذا الاختصاص. وقد اتسمت بالتطوّر والنمو تبعاً لتغير الظرف السياسي والدّيني وبداية تبدّل الأفق الأصولي والمذهبي نحو سيادة التقليد وضمور الاجتهاد الفردي[1]، فضلاً عن اتضاح منهج التعامل مع القضايا الأصوليّة الذي تفرّع إلى طريقتيْن: طريقة المتكلّمين وطريقة الفقهاء. وكان للطريقة الثانيّة إسهام فاعل ومؤثّر في تطور علم القواعد الفقهية؛ إذ ركّزت على استخلاص المبادئ الأساسيّة والعامّة التي استعملها الفقهاء الأوائل ضمنياً في بناء أحكامهم الفقهية. وكان اقتفاء هذه الطريقة مفيداً للغايّة لأنّها مكّنت الفقهاء اللاحقين من ربط عدد لا يُحصى من التفاصيل بعدد قليل من المبادئ أو القواعد الأساسيّة التي يمكن تطبيقها على مختلف فروع الفقه وأبوابه ومسائله. وعرفت هذه الطريقة بـ«التخريج» التي اكتسبت شهرة متزايدة بعد أن تبنتها معظم المذاهب الفقهية تدريجياً[2]. وغدا لكل مذهب طريقته الخاصّة المنسوبة إلى واضعها أو مؤسسها، وأكثر المؤلفات كتبت لبيان أهم الآراء المعتبرة في كلّ مذهب ومقارنتها أحياناً بسائر المذاهب الأخرى[3].

وقع التعامل مع القواعد الفقهية انطلاقاً من هذه العملية التي حملت تسمية «التخريج»[4]، وكذلك من خلال عناوين أخرى مثل: (**الأشباه**

---

(1) النّدوي، (م.ن)، ص133.

(2) Wael B. Hallaq, "TAKHRIJ and the Construction of Juristic Authority", in: Studies in Islamic Legal Theory, Ed.Bernard Weiss, Leiden: Brill, 2002, p.317-335.

(3) الرّوقي، محمد، القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي، دار التراث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 2003م، ص251.

(4) التخريج هو الاستنباط المقيّد؛ أي بيان رأي الإمام في المسائل الجزئية التي لم يرد عنه فيها نصّ بإلحاقها بما يشبهها من المسائل المرويّة عنه، أو بإدخالها ضمن قاعدة =

والنّظائر) و(**الفروق**) و(**القواعد**)[1]. وتراوح هذا الفنّ في تلك المرحلة بين عدد من المصطلحات عكست انعدام الاستقرار الذي عاشه هذا العلم بعد أن وقع الإعلان عن خلو الزمان من المجتهدين وبداية تكريس مفهوم التقليد المذهبي. فلم يكن من بدّ سوى اعتماد طرق أخرى للاستنباط في ظل كثرة النوازل وتشعبها وازديادها واختلاف طرق المعالجة بين المذاهب وبين أعلام كل مذهب على حدة[2]. ومن هذه الطرق الترجيح أحياناً والتخريج أحياناً أخرى، وهو ما زاد في توسيع المدونة الفقهية وتضخمها وألجأ الفقهاء إلى اقتفاء الطرق التأليفية القائمة على الإيجاز والضبط بدل الإسهاب والتفصيل. وقد تزامن ذلك مع تطور التدوين والكتابة واتساع دائرة مركزية الدّولة ومؤسّساتها[3]. ويمثل ما ألّفه الكرخي أول نصّ يصل إلينا من تلك الفترة دوّن

= من القواعد، ويتصل المصطلح بمسالك التعليل (تخريج المناط) وهو النّظر في عليّة الحكم الذي لم يدلّ النصّ عليه صراحة. راجع: التميمي، يعقوب الباحسين، التخريج عند الفقهاء والأصوليين، مكتبة الرّشد، الرّياض، (د.ط)، 1994م، ص12-13.

(1) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص970.

(2) يقول ابن خلدون مؤرّخاً لهذه الظّاهرة: «ولما صار مذهب كل إمام علماً مخصوصاً عند أهل مذهبه، ولم يكن لهم سبيل إلى الاجتهاد والقياس، فاحتاجوا إلى تنظير المسائل في الإلحاق وتفريقها عند الاشتباه، بعد الاستناد إلى الأصول المقررة من مذهب إمامهم. وصار ذلك كله يحتاج إلى ملكة راسخة يقتدر بها على ذلك النوع من التنظير أو التفرقة، واتباع مذهب إمامهم فيهما ما استطاعوا». المقدّمة، ص356.

(3) يمثل التضامن بين الدولة والكتابة أهم العوامل المساعدة على نموّ تدوين القواعد الفقهية، إذ كانت الغاية منها توحيد الاختلافات القائمة بين اجتهادات المذاهب من جهة وإنهاء ظاهرة الاجتهاد الفردي التي عرفها الإسلام طول القرنيْن الأوّلين، وقد تزامن ذلك مع البيان القادري الذي تبنّى العقيدة الأشعرية مذهباً للدولة وفرض موقفاً سياسيّاً يلجم إلى حدّ ما حريّة الرّأي فيما يتصل بمسائل الكلام والأصول والفقه، ومن ذلك الحين بدأت تتشكل ملامح ما يسميه محمّد أركون بالدّين المستقيم أو الأرثوذكسية التي كرّست هذا التضامن الإيديولوجي الكامل بين الدولة أو السلطان والكتابة ممثلة في علماء الدّين المحتكرين لإرادة ذهنية التحريم أو التقديس على حد =

فيه تسعاً وثلاثين قاعدة نقلها عن الفقيه أبي الطاهر الدبّاس، لكنّه لا يُعدّ كتاباً في القواعد على غرار الكتب اللاحقة له؛ بل عُدَّ مؤلّفاً تتداخل فيه الأصول بالقواعد لأنّه اشتمل على مجمل المبادئ التي كان كبار أئمة المذاهب من المجتهدين يقيسون بها ويعللون أحكامهم منها[1]. ولئن اقتفى الدَّبُّوسي أثره في تأليف كتاب جامع لأهمّ قواعد المذهب الحنفي في مسائل محدّدة ومضبوطة تحت عنوان (**تأسيس النّظر**)، فإنّ الفقيه الشافعي الحسين المروروذي (ت 462هـ/ 1069م) قد لخّص أهم قواعد المذهب الشافعي في أربعة مبادئ كبرى وأضاف لاحقوه مبدأ خامساً[2].

لقد تطور هذا الفنّ في كلّ المذاهب الفقهية، وغدا علماً راسخاً، ومثّلت المرحلة التي عقبت القرن الخامس للهجرة (المرحلة الكلاسيكية)، بعد اكتمال المدونة الأصولية واتضاح معالمها، أهمّ مراحل التطوّر توجتها سلسلة من العناوين المتشابهة في القرن الثامن للهجرة/ الرابع عشر للميلاد مثل (**الأشباه والنّظائر**) التي دشنها ابن الوكيل الشافعي (ت 716هـ/ 1316م). ثم استمرّت مع ابن السبكي فجمال الدّين الإسنوي (ت 772هـ/ 1370م)، ثم مع السيوطي وابن نجيم فيما بعد ذاك القرن. إلا أنّ أهم مؤلّف من المؤلّفات الذي أسهم بشكل قاطع وثابت في تطوير هذا الفنّ يُنسب إلى العز بن عبد السلام المعنون بـ (**قواعد الأحكام في مصالح الأنام**) بحكم اشتماله على البعد النّظري المتصل بقضايا علم الأصول. فكان مجهوداً شاملاً وموسّعاً في آن. وهو ما جعله رائداً بين كل المؤلّفات إلى الحدّ الذي جعل أغلب الفقهاء يَعدُّونه

= عبارة ماكس فيبر. وبقدر ما يسود هذا التضامن الإيديولوجي تضمحلّ النزعة الإنسانية ويتهمّش الموقف الفلسفي وتغيب الثقافة النّقديّة التي تحتاج إلى حريّة الفكر. راجع: أركون، محمد، معارك من أجل الأنسنة في السّياقات الإسلاميّة، ترجمة هاشم صالح، دار الساقي، بيروت، 2001م، ص15-16.

(1) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص972.

(2) السُّبكي، الأشباه والنّظائر، ج1، ص12.

المرجع المؤسّس لهذا الفن[1]. فقيمته الجوهرية الأولى تكمن في أنّه ضبط أسلوب هذا العلم ووضع قالبه الأساسي الذي طوّره الفقهاء اللاحقون بعد أن اعتمدوه وساروا على هديه. أمّا القيمة الثانية التي لها صلة ببحثنا فإنّها تكمن في تحويله بنية هذه القواعد من طابعها الفقهي المؤسّساتي إلى طابع يتجه أكثر نحو فكرة المقصد من التشريع من خلال مراعاة المصلحة. ومن ثمّ جعل القواعد الفقهية النّظرية قابلة للتطبيق في الواقع[2]. وإجمالاً مثلت تلك المرحلة منعرجاً حاسماً أبرز دور تطور تلك القواعد في صياغة مفهوم العرف الأصولي بعد أن بات جليّاً أنّ انفتاح الفقهاء على مفهوم المقصد سييسّر عملية تلاؤم العرف مع مصادر التشريع لديهم. وسوف يكون الوعي بكون القواعد الفقهية هي أغلبية[3] وغير كلّية[4]. وهنا يحسن بنا أن نفهم مفاصل نظريّة ابن عبد السلام في قواعده حتى يتسنّى لنا تبيّن الصلات العميقة التي كانت تجمع بين العرف مصدراً للتشريع والقواعد منهجاً لها. وهو، في تقديرنا، أفضل الجهود التي تبرز صلة العرف بالقواعد الفقهية انطلاقاً من مفهوم المصلحة، وقد تبلور حينها على الصعيد الأصولي. ولعلّ أبرز تلك المفاصل معيار معرفة المصالح.

2- العرف معياراً لمعرفة المصالح والمفاسد:

كانت غاية العز بن عبد السلام من وضع كتابه تسليط الضوء على منافع

---

(1) (م.ن)، ج1، ص6.

(2) Wolfhart Heinrichs,» QAWAID as a genre of legal literature», in: Studies in Islamic Legal Theory, ed. Bernard Weiss, Leiden: Brill, 2002, pp.365,375.

(3) بحكم عدم انطباقها على جلّ الجزئيات والتفاصيل الموجودة في الواقع، ويرد في هذا السياق التمييز بين القاعدة التي تنطبق على كلّ الأحوال والضابط الذي ينطبق على حالة معينة. الندوي، القواعد الفقهيّة، ص44.

(4) مجال القاعدة أوسع يتضمّن أبواباً عدّة ومجال الضابط أضيق يتضمّن باباً واحداً وهو أكثر تخصّصاً في المسائل. ويورد النّدوي في كتابه عدداً كبيراً من الضوابط الفقهية المستمدة من الحديث النبوي تتصل أغلبها بمسائل عرفية مثل السّلم والخراج ودبغ الثياب. راجع: الندوي، (م.ن)، ص46-49.

الاحتكام إلى أوامر الشريعة وأحكامها وبيان عواقب مخالفتها اعتماداً على غرضها الأساسي وهو جلب المصالح ودرء المفاسد سواء في الدنيا أم الآخرة[1]. وتلك هي القاعدة الأساسيّة الكبرى التي يحوم حولها كتابه وترجع إليه سائر القواعد الأخرى[2].

ولتحقيق هذه الغاية وظف العزّ معياراً جديداً لتمييز المصالح والمفاسد في كلا الدّاريْن (الدنيا والآخرة). وأوله يتعلّق بالمصادر. فإذا كان قد حافظ على المعيار ذاته لمعرفتها في الآخرة من خلال النقل والشرع المتضمنيْن للكتاب والسنّة والإجماع والقياس والاستدلال الصحيح على حدّ قوله[3]، فإنّها لا تعرف في الدنيا إلا بالعقل وتحديداً بالضرورات والتّجارب والعادات والظّنون المعتبرات[4].

ويلحظ في هذا المستوى أنّ تنصيص ابن عبد السلام على «الظنون المعتبرات» يتفق تماماً مع الإجماع الأصولي العام حول قيام معظم أحكام الفقه الفرعيّة عليها[5]، ومع وثوق النّاس (أهل الدنيا) فيها لأنّ الغالب

---

(1) «الغرض بوضع هذا الكتاب بيان مصالح الطاعات والمعاملات وسائر التصرفات لسعي العباد في تحصيلها، وبيان مقاصد المخالفات ليسعى العباد في درئها، وبيان مصالح العبادات ليكون العباد على خبر منها، وبيان ما يقدم من بعض المصالح على بعض، وما يؤخر من بعض المفاسد على بعض، وما يدخل تحت اكتساب العبيد دون ما لا قدرة لهم عليه ولا سبيل لهم إليه». ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، ص10.

(2) الندوي، القواعد الفقهيّة، ص212.

(3) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج1، ص8، 10.

(4) (م.ن)، ج1، ص5، 10.

(5) ينظر معظم الأصوليين والفقهاء إلى أنّ الأحكام الفرعية في الفقه ظنيّة وليست قطعية، ولهذه النظرة انعكاسات ونتائج على المجادلات القائمة حول عدد من المسائل الكبرى مثل أسس الاجتهاد، انظر: الإسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق محمّد حسن هيتو، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، ط1، 1979م، ص47-51.

صدقها عند قيام أسبابها من خلال رسوخ القواعد واطّراد الأحداث (العادات) في الدّنيا[1]، وتتأسّس هذه الثقة على مبدأ اعتقاد النّاس في الصدق إلى أن يثبت خلاف ذلك، وفي إبطالها وإغفالها تقويض لأساس لا غنى عنه في أي اندماج اجتماعي عملي وناجع[2]، وفي هذا المجال يقدّم ابن عبد السلام العديد من الأمثلة التي تحمل فيها الأحكام على الظنون المستفادة من العادات مثل معرفة جواز زفاف العروس إلى زوجها، على الرغم من عدم معرفته بها وشهادة الزواج في العادات على ذلك اتقاء الشبهة وخشية التدليس، وجواز الدّخول إلى الأزقة والدّروب المشتركة وطرق باب الدّار والإيقاد من السرج والمصابيح للإذن العرفي المطّرد، وعدم جواز الاستناد إلى الجدران لإضرارها لعدم الجواز العرفي في ذلك، وغيرها من الأمثلة التي تستند إلى اطّراد العادة والعرف في بناء تلك الأحكام المحققة لذاك التفاعل[3].

لئن بدا لنا واضحاً، منذ البداية، أن ابن عبد السلام بالتوازي يميّز بين مجال المطلق (الله) الذي يتضمن مسائل الغيب والآخرة ومجال النسبي

---

(1) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج1، ص4، 206.

(2) أساس عملية الاندماج هو التفاعل الاجتماعي الإيجابي (Effective Social Interaction)، وقوامه هذا المفهوم السوسيولوجي هو تبادل المعلومات والمشاعر والطاقة بين طرفين أو أكثر يتعايشان في نظام واحد، ويقتضي ذاك التبادل دخول الطرفيْن في عمليّة تواصل حول عدد من الموضوعات، ويؤدّي التفاعل المتبادل إلى تعديل السلوك وطبيعة النّظر إلى الأشياء والعناصر والأجساد والظواهر الحاضرة أو المؤثرة». ويبدو أنّ انتقال أيّ مجتمع من الحالة البسيطة البدائية إلى حالة التعقيد التي أشرنا إليها سابقاً -في المقدمة النّظرية- رهين الاتفاق على معايير محددة توحّد بين مختلف الأطراف في شتى الميادين. ويتسم هذا التعقيد بتوافر جملة من العناصر أهمّها الديناميكية (الحركيّة) غير الخطيّة لنموّ المجتمع مثلما تنشأ من التفاعلات البسيطة التي تتكرّر انطلاقاً من العناصر المستقرّة في عملية التفاعل ذاتها. راجع:
Edgar Morin, la nature de la nature, èditions Seuil, 1977, T 1, p.51.

(3) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص136- 141.

(الإنسان) الذي يشمل الدنيا وتجارب البشر، فإنّه لا يرى ضرورة الفصل بينهما فصلاً تامّاً لاقتران بعض المسائل بهما في الوقت نفسه، وهذا الاقتران هو وليد العادة، فالشهوة والألم مثلاً عرضان متلازمان في الدنيا بحكم العادة المطّردة، وفي الآخرة غير متلازمين بحكم خرق العادة[1]. وبناء عليه إن مصالح الآخرة لا تتم إلا بمصالح الدنيا واطّراد العادة ليست سوى مقدمة لخرقها. وعلى ذلك انقسمت الشريعة إلى العبادات المحضة في جلب المصالح الأخروية والعبادات المتعلّقة بمصالح الدّنيا والآخرة مثل الزكاة، وانقسمت المعاملات إلى ما يغلب عليه مصالح الدنيا كالبياعات والإجارات وإلى ما يغلب عليه مصالح الآخرة كالإجارة بالطاعات على الطّاعات[2].

ولو تمعنّا جيّداً في هذه الرؤية لألفينا أنّها على صلة وثيقة بالجدل القائم حول دور الوحي والعقل في المعرفة الأخلاقية (التحسين والتقبيح). فابن عبد السلام يؤكّد أنّ دور العقل لا يقتصر على معرفة مصالح الدنيا ومفاسدها في الدنيا وتقديرها فحسب؛ بل على معرفة حقيقة الدّين ذاته ناهيك عن تقدير المصالح والمفاسد قبل ورود الشرع[3]. ولذا التقارب بين أحكام الشريعة وبرهنة العقل واضحة لا لبس فيها لديه، ويمكن إدراكها ما عدا ما اتصل منها بمجال الشعائر وأفعال التعبّد فهي مضبوطة بالشرّع وهدفها تحقيق الطاعة التّامة مع الحكم الإلهي[4].

---

(1) (م.ن)، ج1، ص8.

(2) (م.ن)، ج2، ص72.

(3) «ومعظم مصالح الدنيا ومفاسدها معروف بالعقل وذلك معظم الشرائع؛ إذ لا يخفى على عاقل قبل ورود الشرع أن تحصيل المصالح المحضة، ودرء المفاسد المحضة عن نفس الإنسان وعن غيره محمود حسن». (م.ن)، ج1، ص5.

(4) «وفي التعبد من الطواعية والإذعان ممّا لم تعرف حكمته ولا تعرف علّته ما ليس ممّا ظهرت علته وفهمت حكمته، فإن ملابسه قد يفعله لأجل تحصيل حكمته وفائدته، والمتعبد لا يفعل ما تعبد به إلا إجلالاً للرب وانقياداً إلى طاعته». (م.ن)، ج1، ص22.

وينتهي إثر ذلك إلى الحسم في هذا الإشكال من خلال تأكيده أنّ الأحكام الأخلاقيّة القائمة على التحليل العقلي لا تنطبق إلا على الفعل البشري المشروط بالتجربة. ويتضح هذا من خلال الأسباب الفاعلة التي يربط الله بينها وبين مسبباتها في العادة[1].

ومع ذلك، إنّ مثل هذه الأحكام لا يمكن أن تنطبق على مجال الفعل الإلهي المحكوم بمشيئة الله وقدرته المطلقة[2]. وبعبارة أخرى إن كان مجدياً انطباق صفات العدل والظلم والحسن والقبح على الفعل البشري وفقاً لاستدلال العقل الذي يختبر ويتحقق منه صدقه بوساطة القواعد الثّابتة والعادات المطّردة في الدّنيا فإنّه من غير المناسب تطبيق المعايير ذاتها على مجال الفعل الإلهي؛ لأنّ الله لا يُقيّد ولا يحدّ بحدود هذا الكون.

وبهذا المنطق استثمر ابن عبد السلام مستخلصات علم الكلام الأشعري التي نضجت وانتشرت حينها، وبناء عليها رأى أنّ التكاليف مبنيّة كلّها على الأسباب المعتادة التي وضعها الله للبشر، وتلك الأسباب لا تجلب المصالح بذاتها أصلاً، ولا تدرأ المفاسد بنفسها قطعاً. فالله هو من أجرى عادته وطرد سنّته بترتيب بعض مخلوقاته على بعض لتعريف العباد عند وجود الأسباب ما رتّب عليها من خير ليطلبوه عند وقوعها[3].

3- العرف دليلاً من أدلّة القواعد:

يقسّم العز بن عبد السلام الأدلة مثل القرافي إلى صنفين رئيسين: أدلّة

(1) «فأحكام الإله كلها مضبوطة في العادة بالحكم محالة على الأسباب والشرائط التي شرعها، كما أن تدبيره وتصرفه في خلقه مشروط بالحكم المبينة المخلوقة مع كونه الفاعل للأسباب على الأسباب والمسببات، ولو شاء لاقتطع الأسباب عن المسببات ودل بينهما من التلازم». (م.ن)، ج2، ص153.

(2) (م.ن)، ج2، ص74-77.

(3) يفوت، سالم، حفريات المعرفة العربيّة الإسلامية، دار الطليعة، بيروت، ط1، 1990م، ص182.

شرعية وأدلّة وقوع[1]؛ الأولى تحيل على المصادر الشرعية مثل الكتاب والسنّة والإجماع والقياس الصحيح والاستدلال. أما الثانية فتشير إلى الأسباب والشروط المتحققة التي تقتضيها تلك الأحكام. ويمكن أن يعلم وقوع تلك الأسباب والشروط عبر درجات متفاوتة من العلم والظنّ. وأبرزها ما يتحقق ويعلم أسباب وقوعه مثل الأوقات المخصّصة للصلوات الخمس في اليوم التي يُعتمد فيها على معرفة حلول أوقات أداء الصلوات صحيحة، وهي العلم بطلوع الفجر الذي هو سبب صلاة الصبح وتوابعها، والعلم بزوال الشمس لوجود الظهر وغيرها من الأوقات الأخرى التي تكون سبباً لسائر الصلوات ومعظم ذلك يعتمد على الممارسات العرفية الشائعة التي أساسها العادة[2]. وثانيها ما يظنّ تحقق أسبابه ومثله قبول الشهادة التي تقتضي التحقّق من عدالة الشهود، وهي عمليّة تُعرف وتُقدّر من خلال القواعد والمعايير التي اعتادها الناس[3].

ويوسّع العلائي (ت 761هـ/ 1359م) تصنيف ابن عبد السلام بإضافة صنف ثالث هو أدلّة تصرّف الأحكام. وتتناول السبل والوسائل التي يُبنى على أساسها الدليل السليم المناسب أمام القاضي. وتتوزع بدورها إلى صنفيْن: «متفق عليها» و«مختلف فيها»؛ إذ تشمل الأولى شهادة عدليْن ذكريْن أو شهادة رجل عدل مع امرأتيْن عدلين، فيما يتضمّن الثاني الشاهد مع اليمين (للمدّعي) ويمين المدّعي مع المدّعى عليه الرافض لليمين أو أربع نسوة ثقات[4].

---

(1) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص48. القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص445-454.

(2) القرافي، (م.ن).

(3) القرافي، (م.ن).

(4) العلائي، صلاح الدين، المجموع المذهب في قواعد المذهب، تحقيق مجيد العبيدي وأحمد خضير، دار عمّار، عمان، ط1، 2004م، ص160.

وبناء عليها، فإذا كانت أدلّة مشروعية الأحكام يعتمدها المجتهدون (المكلفون في غيرهم) لاستنباط الأحكام من مصادر الشريعة المتنوعة، فإنّ اعتماد أدلة الوقوع تمكّن المسلمين المكلّفين من التحقّق من وقوع أسباب مختلف الأحكام وشروطها. في حين أن أدلة تصرف الأحكام (أو الحجاج عند القرافي) يقضي بها الحكام غالباً في فصل الدّعاوى وفضّ النّزاعات[1].

إن توسيع مجال الأدلّة في القواعد خطوة جبّارة في اتجاه التعامل المرن مع الواقع من خلال الاعتماد على المعايير المشتركة التي أرستها الجماعة ومارستها عمليّاً سواء في الحياة اليومية أم في القضاء دون تقيّد مباشر بأدلّة النقل الصارمة، بل في الارتباط بالظنّ ما يعكس عادة نسبية الحكم وعدم قطعيته. وهذا ما نلمحه متجسّداً في حضور الفعلي لأثر العرف المتنوّع ضمن الفروع الفقهية.

4- العرف أثراً بين الفروع والقواعد:

من المعلوم أن أغلب الأصوليين يحرصون على تأكيد انعدام القدرة على استخلاص القواعد الفقهية ما لم تحصل دراسة شاملة وتامّة لأبواب المدونة الفقهية وفروعها. وحتى يكشف الفقيه المبادئ الأساسية الكامنة خلف النّظام الفقهي الرّابط بين مختلف أجزاء تلك المدونة فإنّه من الضروري المرور بدراسة موسّعة لمختلف أصناف الآراء والأحكام التي تتوافر فيها.

وقد تجسّد تطلّع الفقهاء إلى بناء القواعد من خلال الجهد الذي قام على أساس جمع مختلف الحالات والأوضاع والنّوازل التي تتقاسم بينها جملة من الملامح المشتركة والعامة بمعزل عن الجزئيات التي تشير إلى جذورها ومجالها الخاصّ. وقد نبع هذا العمل إثر ظهور الشروح الموسوعية الكبرى لمدونات الفقه في كل مذهب من المذاهب وإثر بروز الحاجة الماسّة إلى

(1) القرافي، الفروق، ج1، ص232.

طريقة جديدة للتوسّع في آراء المدونات الفقهية المتوافرة وجعلها تتكيّف مع الأوضاع الطارئة. وفي هذا الإطار يقدّم ما ألّفه كلّ من ابن عبد السلام وابن الوكيل (ت 716هـ/ 1316م) مثالَيْن لهذه الطريقة[1].

قدّم ابن عبد السلام عدداً من الأمثلة حول كيفية الربط بين القاعدة ومختلف أحوال التشريع ونوازله. وقد اختزل تلك الكيفية في جملة من القواعد لعلّ أهمها «تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق»[2]. ويتضح من خلالها مدى اتساعها في ضمّ عدد من الأبواب والمسائل الفقهية التي تنطبق عليها تلك القاعدة، وأبرزها مسائل العقود والمعاملات. ففي الحكم العام للبيع أو الإيجار مثلاً يرى ابن عبد السلام أنّ المفترض فيها هو التعامل بما تعارف عليه النّاس بثمن المثل وغالب نقد بلد البيع تنزيلاً للغلبة منزلة صريح اللّفظ ما لم يرد لفظ صريح يحدّد قيمة الصفقة. ومثله قول البائع لوكيله: بع داري هذه فيبيعها بجوزة، فإنّ أهل العرف يقطعون بأنّ هذا غير مراد، ولا داخل تحت لفظه. وكذلك لو وكّله في بيع جارية تساوي ألفاً، فباعها بتمرة، فإنّ العقلاء يقطعون بأنّ ذلك غير مندرج في لفظه لاطّراد العرف بخلافه[3]. وإلى ذلك يضيف القرافي في مسائل البيع والإيجار ما يتعلق بإدراج المرافق أو استبعادها (الأبواب والرفوف والخوابي في الدار والغرس والبناء في الأرض...) التي ينبغي أن تخضع للعرف ما لم يكن هناك لفظ صريح مخالف لها[4]. وللسبب ذاته فإنّه إذا بيعت الثمرة قبل أوانها فإنّه ينبغي إبقاؤها إلى

(1) ابن الوكيل، صدر الدّين، الأشباه والنّظائر، تحقيق أحمد بن محمّد الأنقري وعادل عبد الله الشويخ، مكتبة الرّشد، الرياض، 1993م.
(2) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص126.
(3) (م.ن).
(4) ويقصد بذلك أنّ لفظ الأرض مثلاً لا يندرج فيه البناء الكثير والغرس، ولفظ الدّار يندرج فيه الخشب المسمّر والسّلم المستقل، ويضيف غيره الأبواب والخوابي =

أوان جدادها وتمكينها من السقي عملاً بما اشترطته الممارسات العرفية السائدة، والمشروط عرفاً مشروط لفظاً إلا أنّ ذلك لا يصحّ في بيع الماشية[1].

ويحرص ابن عبد السلام على الإشارة إلى دور تلك العادات السائدة في ضبط الصنف المناسب لقيمة المقادير والمكاييل المتنوعة، وذاك ما عبّر عنه بوساطة عبارات من قبيل: «ثمن المثل»، و«مهر المثل»، و«المقدار»، و«الأجرة»، و«غالب النّقد»، التي يعلّل استعمالها وجدواها بحمل المعنى على ما هو متبادر في الأذهان[2].

وبصرف النّظر عن مجال المعاملات والصفقات، أوضح ابن عبد السلام دور العادة العرفيّة في تحديد السلوك الاجتماعي وجعلها دليلاً للمكلّف فرداً أو جماعة على الاستقامة واحترام الأخلاق العامة التي يقتضيها النّظام الاجتماعي. إذْ يجوّز دخول المسلم إلى الأماكن العامة مثل المساجد والمدارس ودور القضاء والولاة والحمّامات والقياسير والخانات في الأوقات التي تفتح فيها بوساطة الإذن العرفي دون اللّفظي. لكن من غير الجائز الدّخول إلى أماكن العبادة غير الإسلامية مثل الكنائس دون إذن، لانتفاء الإذن العرفي واللفظي معاً[3]. ويبدو واضحاً أنّ اللجوء إلى مثل هذه الأدلّة (الإذن العرفي واللفظي) متوقّفة دوماً على الحالات والأوضاع التي تعتمد على الحكم أو التقدير الشخصي. ففي حالات أخرى تتعلّق بإكرام الضيف مثلاً الذي تتوافر فيه نصوص وتعاليم تحث عليه، فإنّ الممارسة والتّطبيق تظلّ رهينة ذاك التّقدير. وفي هذا السياق يذهب ابن عبد السلام

= والرّفوف... وكل ذلك يخضع لاختلاف العرف القولي بين الأقاليم والجهات. راجع القرافي: الفروق، ج3، ص283-290.

(1) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص127.

(2) (م.ن)، ج2، ص126-127.

(3) (م.ن)، ج2، ص132.

بعيداً في شرح ما يمكن أن يكون مقبولاً في السّلوك الاجتماعي للمكلّف سواء كان ضيفاً أم مضيّفاً اعتماداً على العادات العرفية[1]. وهذا ما ينقلنا إلى دور آخر للعرف من جهة كونه إذناً وشرطاً.

5- العرف إذناً وشرطاً: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً):

من القواعد العامّة والبديهية في الفقه الإسلامي أنّ المسلم يتمتّع بحريته الكاملة والشاملة في التصرف في أملاكه، غير أنّ تلك الحرية قد تنتهي وتنتفي بمجرد أن تتداخل حقوق ذاك المسلم مع مسلم آخر. ومن ثَمَّ قد يستدعي الأمر إنارة للموقف الفقهي حولها. فلكي يتصرف أحدهم نيابة عنه فإنّ الواجب يقتضي حصوله على إذن شرعي سواء في صيغة إذن صريح يدلّ على الموافقة أم بتوكيل عنه (مثل وضعية القُصّر).

لقد أثار الفقهاء الحديث عن أحوال يمكن فيها للفرد التصرّف نيابة عن آخر دون إذنه. وهي الحالات التي تتوقف على ما كان يُعرف لديهم بالإذن العرفي. وهو يستند في ذلك على فرضية أساسيّة (أخلاقيّة ودينيّة) قوامها أنّ المؤمنين بعضهم أولياء بعض في الشفقة والحفظ والأمر بالمعروف والنّهي عن المنكر والنّصيحة[2]، وهم متعاونون فيما بينهم في السرّاء والضرّاء، ويحفظ بعضهم حقوق البعض، ويرعون مصالحهم في الأحوال العادية والطارئة. ولذلك جاز مثلاً تناول اليسير مما يسقط من مأكول وغيره والشرب من الخوابي التي توضع في الطريق العام وأكل الثمرة الساقطة من الغصن على الطريق مثلما جاز للرجل الدخول إلى دار جاره إذا وقعت فيها النار وهدم جانب منها عليها حتى لا تسري إلى بقيتها دون تحمّله مسؤولية الضّرر.

---

(1) يذكر ابن عبد السلام معايير آداب الأكل في الضيافة بحسب مقدار الأكل وطريقته وعدد الضيوف، ويعتمد على الإذن العرفي دليلاً للقبول بالسلوك الواجب والمحمود. قواعد الأحكام، ج2، ص131.

(2) ابن القيم، إعلام الموقعين، ج2، ص414.

وكل ذلك بوساطة الأذن العرفي لا اللفظي لأنّه يتنزّل منزلته، فالعرف يجري مجرى النّطق في كثير من الأحوال أحصاها ابن القيم في أكثر من مئة موضع[1]. ومن أهم أمثلته العقد الصالح الذي ينبغي أن يخضع لشروط معتبرة في تطبيقه وتنفيذه تقوم على قواعد عرفية (أو ما يسمى بالشرط العرفي). ففي عقد البيع يتوجب أن يكون الثمن المدفوع وفقاً لاتفاق الطرفين هو بالنقد الغالب. ومنها كذلك السلامة من العيوب حتى يسوغ له الردّ بوجود العيب تنزيلاً لاشتراط سلامة المبيع عرفاً منزلة اشتراطها لفظاً. ومنها وجوب وفاء المسلم فيه في مكان العقد وإن لم يشترطه لفظاً بناء على الشرط العرفي[2].

وعلى الرغم من أهميّة دليل الإذن العرفي وتوظيفه الواسع والممتد على أكثر من مجال ومسألة فقهية فإنّ ما يستنتج من تحاليل ابن عبد السلام في الأمثال التي يقدمها لأولوية الإذن العرفي على اللّفظي تؤكّد ضعف هذا الدّليل لأنّ اللفظ عادة ما ينسخ دلالة العرف خصوصاً في حالات النّزاع[3]. لكنّه يظل، على الرغم من ذلك، معياراً لشروط مهمّة، ولاسيما في العقود. ويتضح ذلك في ما أورده ابن عبد السلام من أنّ الشرط العرف يثبت في العقد ما لم يتعارض مع مقتضى الشرع أو البديهة بإجبار المستأجر للأجير

---

(1) (م.ن)، ج2، ص413، 414.

(2) (م.ن)، ج2، ص414.

(3) نتبيّن هذا في مثال الدخول إلى الأزقة والدروب المشتركة حينما يتولد خلالها خلاف، وذلك في قوله: «الدخول إلى الأزقة والدروب المشتركة جائز للإذن العرفي المطرد فيه، فلو منعه بعض المستحقين امتنع من الدخول، ولو كان فيهم يتيم أو مجنون ففي هذا نظر، ولو استند لجدار إنسان فإن كان استناده مما يؤثر فيه اختلالاً أو ميلاً أو سقوطاً لم يجز لعدم الإذن اللفظي والعرفي، وإن كان الجدار مما لا يؤثر فيه الاستناد إليه البتة جاز الاستناد إليه للإذن العرفي، فإن منعه مالكه من الاستناد إليه فقد اختلف في مثل هذا من جهة أنه عناد محض فيصير بمثابة قوله لا تنظر إلى حسن داري، ولا إلى نضارة أشجاري، ولا إلى رونق أثوابي، ولا إلى كثرة أصحابي». ابن عبد السّلام، قواعد الأحكام، ج2، ص138.

مثلاً على عدم الصلاة في العمل أو بإجباره على العمل الدائم دون راحة أو نوم. وفي المقابل لا يعدّ باطلاً إذا أجبره على عدم أداء النّوافل لأنّها تدخل ضمن الأوقات التي خرجت عن الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشّرط وصرّح المتعاقدان بما يجوّزه الشرع[1].

6- العرف بين قاعدتَي الأصول والفقه:

تظهر ميزة كتاب ابن عبد السلام في الرّبط الوثيق بين مبادئ الفكر الأصولي والقواعد الفقهية. وقد تولّد ذلك الرّبط من خلال جعله القواعد الفقهية مقترنة بغاية الدّين والوحي ألا وهي تحقيق المصالح ودرء المفاسد. وبهذا المعنى مثل جوهر الكتاب الأساسي امتداداً للجدل حول التشريع بالحكمة الذي طغى على الفكر الأصولي عند المتكلّمين منذ القرن الخامس للهجرة/ الحادي عشر للميلاد، مع التحوّلات التي عرفها منذ جهود الجويني الذي يُعدّ من أوائل من أرسى فكرة المقصد الشرعي في رؤيتها الأشعرية[2].

---

(1) «كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب ويقطع المنفعة لزمه ذلك، ولو أدخل أوقات قضاء الحاجات في الإجارة مع الجهل بحال الأجير في قضاء الحاجة لم يصح، ولو شرط عليه أن لا يصلي الرواتب وأن يقتصر في الفرائض على الأركان صحّ ووجب الوفاء بذلك؛ لأن تلك الأوقات إنما خرجت عن الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشرط، فإذا صرح بخلاف ذلك مما يجوزه الشرع ويمكن الوفاء به جاز، كما لو أدخل بعض الليل في الإجارة بالنص عليه، ولو شرط عليه أن يعمل شهراً الليل والنهار، بحيث لا ينام ليلاً ولا نهاراً، فالذي أراه بطلان هذه الإجارة لتعذر الوفاء به، فإن النوم يغلب بحيث لا يتمكن الأجير من العمل، فكان ذلك غرراً لا تمس الحاجة إليه، بخلاف ما لو شرط ذلك في ليلة أو ليلتين». (م.ن)، ج2، ص168.

(2) انظر: الجلاصي، بثينة، القاعدة والمصلحة في علاقتهما بالشريعة، ضمن كتاب: النصّ والاجتهاد في الفكر الأصولي، دار رؤية، القاهرة، (د.ط)، 2011م، ص20-57.

وطبقاً لذلك، تضمّن هذا المؤلف قواعد أصولية إلى جانب قواعد الفقه. ومن المعلوم أنّ القواعد الأصولية تهتم رأساً بمصادر الفقه وطرق توظيفها وإجرائها وتطبيقها سواء مع القضايا النّظريّة أم المسائل الفرعيّة التي تطرأ على الاجتهاد الفقهي. في حين أنّ القواعد تتعامل مباشرة مع الأنماط المتكرّرة في مختلف مجالات الفقه وأبوابه وفروعه وفقاً لما تحدثه من تعميمات عليها[1].

وإذا كان البعض يرجّح أنّ أول من ميّز بين الفنّيْن وصنف القاعدتيْن هو الفقيه والأصولي المالكي المعروف القرافي في كتابه **(الفروق)**[2] فإنّ التعامل مع العرف ضمن مدونات القواعد التي تتداخل معها قواعد الأصول يختلف طبقاً لاختلاف غايات القواعد المحدّدة. فالقاعدة الأصولية مثلاً تسلّط الضوء على الصلة بين العرف مصدراً للتشريع وسائر المصادر مثلما تركّز على مجموعة من الإشكاليّات اللغوية والتفسيرية التي تقع إثارتها في مدوّنات الفقه. أمّا القاعدة الفقهية فإنها تتمحور حول مختلف تطبيقات العرف والمبادئ التي تقف وراءها.

ويذهب البعض إلى الاعتقاد بأنّ ابن عبد السلام وابن الوكيل قد مزجا في كتابيْهما بين القاعدة الفقهية ونظيرتها الأصولية. فهما ينطلقان عادة من قاعدة عامة يُحتكم إليها في تأويل النّصوص الشرعيّة ليسير إثر ذلك وفق أربع خطوات منظمة تراتبياً: تبدأ الأولى بعرف الشرع والثانية بالعادة والثالثة باللّغة والرابعة بالمجاز. ويعني ذلك أنّ الفقيه الذي سيتصدّى لدراسة النصّ الشرعي ينبغي أن ينطلق في بحثه من دراسة ما إذا كانت الشريعة متضمّنة لمعنى

---

(1) يجدر بنا التنبيه إلى أنّ التمييز الواضح بين هذين الفنَّيْن قد وقع تأكيده خلال المراحل اللاحقة من التاريخ الفقهي العام. وقد أشار إلى ذلك الندوي في كتابه، وميّز ضمن القواعد الفقهية بين القاعدة التي تشمل عدداً من الأبواب والمسائل التي تشترك فيما بينها، والضابط الذي لا يتخطّى حدود الموضوع الفقهي الواحد. الندوي، القواعد الفقهيّة، ص46.

(2) القرافي، الفروق، ج1، ص2.

مخصوص بالنّظر إلى سياقها المحدّد. فإذا ما انطوى السّياق على عبارات (ألفاظ) تحمل دلالات شرعية محدّدة مثل الصلاة والصيام والحج فإنّ ما يقتضيه هو تفسيرها وفقاً لعرف الشرع. وإذا كان ابن الوكيل في هذا المقام يعيد إثارة الجدل القائم حول الدّلالة عند الأصوليين ومراتبها التي تبدأ بدلالة الشرع لتصل إلى دلالة المجاز[1]، فإنّ الإشكال المتصل بالعرف هنا يتحدّد لديه بضرورة تأويل دلالته انطلاقاً من دراسة أنواعه ومقاصده، كأنّ نتبيّن هل هو المطّرد المقارن السابق أم الطّارئ المتأخر أم الخاص أم العام؟[2] أما دلالة المجاز فإنها متوقفة على القرينة التي تثبت اختيارها لدى المتكلّم من بين مراتب الدلالة الأخرى[3].

تكتسي أهمية هذه المقدّمات النّظرية اللغوية أهميّة قصوى في كتب القواعد الفقهية. فهي من مستثمرات علم الأصول التأسيسية في قراءة النصّ الديني وتأويله واستنباط الأحكام منه. ولذلك كانت طول القرون التي ازدهر فيها هذا الفنّ منطلقاً لبناء القواعد الفقهية في حدّ ذاتها. ولم تكن تلك القواعد لتجد تماسكها النّظري المتين ضمن نسيج بناء الاجتهاد الفقهي لولا توافر تلك القواعد الأصوليّة. ولا غرابة في أن نجد الأثر البارز والواضح لها في جملة من

---

(1) يشير عدد من الفقهاء والأصوليين إلى أنّ الدلالة تتوزّع إلى صنفيْن: دلالة حقيقية وأخرى مجازيّة، وتنقسم الأولى بدورها إلى ثلاثة: لغوية، وشرعية، وعرفية. انظر: الزركشي، المنثور في القواعد، ج2، ص377. والزنجاني، شهاب الدّين، تخريج الفروع على الأصول، ج1، ص123.

(2) ابن الوكيل، الأشباه والنّظائر، ج1، ص140.

(3) ومنه قول الفقهاء ما ليس له ضابط في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف فإنه يقتضي تأخير العرف عن اللغة وهو صحيح إذا حمل على ما ذكرناه فتفطن لما ذكرته فإن كثيراً من الناس قد اشتبه عليه ذلك، وظن الاتحاد في التصوير والاختلاف في الجواب، وهذا كله إذا كثر استعمال الشرعي والعرفي بحيث صار يسبق أحدهما دون اللغوي فإن لم يكن فإنه يكون مشتركاً لا يترجح إلا بقرينة. الإسنوي، التمهيد، ص230-231.

المسائل لها صلة بما تثيره إشكاليّات الدلالة العرفية في القول مثل مسألة اليمين التي يوردها الأصوليون دوماً للاستدلال على صحّة تحاليلهم النّظريّة في هذه القضية فيما يتّخذ الفقهاء تلك التحاليل طرقاً منهجيّة لبناء القاعدة الفقهية الجامعة لشتات الأحوال الجزئية والأوضاع التفصيلية في المسألة المطروحة. ويثير ابن الوكيل القضية حينما يشير إلى عناية الأصوليين من قبله بدور العرف في تحديد معنى اليمين إلى الحدّ الذي غدت فيه الأيمان مبنية كليّاً على العرف[1]. وتتخذ هذه المسألة أهمية كبرى لدى كلّ من الأصوليين والفقهاء لا لكونها قضية دينية صرفاً، بل لصلتها بقضايا تشريعية حسّاسة أهمها اليمين المتعلّقة بأوضاع الطلاق. فالنطق ببعض الجمل والعبارات، التي تتطابق اجتماعياً وعرفياً مع صيغة الطلاق، يمكن أن تكون لها آثار وانعكاسات في سياق اجتماعي ما دون آخر. وهو ما أثاره القرافي في فروقه في العبارات المنقولة بالعرف من وضع اللغة إلى وضع المجاز، التي يتكرر استعمالها لمعنى عرفي كالطلاق مثل «حبلك على غاربك» و«أنت بريّة» و«وهبتك لأهلك». والحال أنّ استعمالها بمقتضى الحقيقة اللغوية لا يدلّ على ذلك لأنها نُقلت بالعرف من دلالة الإخبار إلى الإنشاء لتفيد زوال العصمة إنشاء[2].

وفي مسائل أخرى حرص ابن الوكيل على إبراز شأن العادة العرفية باعتبارها معياراً ماديّاً ملموساً في ظلّ غياب إشارة واضحة وقاطعة من الشريعة. وأهم هذه المسائل ما تفرّع عن قضايا البيوع والصّفقات مثل تحديد مفهوم «التفرّق» بعد الاتفاق على العقد. وعلى الرغم من الاختلافات الطفيفة التي عرفتها المذاهب في هذه المسألة رأى الفقهاء القدامى أن الاتفاق لا يغدو نافذاً طالما أنّ الأطراف لم تتمم العقد وتفترق[3].

---

(1) ابن الوكيل، الأشباه والنّظائر، ج1، ص141.

(2) القرافي، الفروق، ج1، ص42-44.

(3) الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003م، ج2، ص154.

ويُخضع سائر الفقهاء «التفرّق» للعادة العرفيّة السائدة والشائعة بين النّاس، فتكون إمّا تصرّفاً ماديّاً أو رمزياً مثل المصافحة أو التلفّظ ببعض العبارات التي تعلن عن الاتفاق[1]. وتظلّ مدّة التفرّق إشكالاً اختلفت فيه المذاهب، فتحديده له انعكاسات مهمّة على الصفقة. فبقدر ما تظلّ أطراف البيع في المجلس يظلّ احتمال إلغاء الصفقة قائماً، طبقاً لما يسمّى عندهم بخيار المجلس. وهو شرط ضمنيّ ضروري عند الشافعيّة والحنابلة لصحة العقد. أمّا الحنفية فتقبله استحساناً إذا حصل اتفاق حوله بين الأطراف كافة. بينما ترفضه المالكيّة ولا تعترف به[2].

وفي السّياق ذاته اعتُمِدَت العادة العرفية مقياساً في تحديد العيوب المرجحة لحق المطالبة بإلغاء الصفقة والتراجع عنها وفقاً لما أسماه الفقهاء بـ«خيار العيب»، ففي الأمثلة المقدّمة عند جلّ الفقهاء نقف على ما يَعدّونه عيباً غالباً في البضاعة مثل الشاة التي يجد في أذنها المشتري قطعاً يمنع الأضحية بها، أو شراء حمار أو حصان مخصيّ؛ لأنّ الغالب في الحمير والخيل سلامتها من الخصاء[3]. والظاهر أنّ من يتذرّع بخيار العيب لا بُدَّ له من البرهنة عملاً بالعادة العرفية الشائعة على خلوّ البضاعة موضوع العقد من

---

(1) عادة ما تكون عبارة بعتك كذا بكذا شرط أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام ويقابله المشتري بالقول اشتريت منك كذا بكذا شرط لك الخيار ثلاثة أيام. الجزيري، (م.ن)، ج2، ص158.

(2) الخيار هو بيع البضاعة أو اشتراؤها شرط أن يكون له الخيار في إمضاء العقد أو فسخه إمّا احتياطاً من الغش مثلاً عند المشتري، وإمّا حفاظاً على المال في حال تراجع البائع عن البيع، ويأخذ هذا الشرط صيغاً متعدّدة بحسب المذاهب. راجع: الجزيري، (م.ن)، ج2، ص162-166. ويشير الزنجاني إلى أنّ هذه المسألة من ضمن المسائل التي عرفت خلافاً بين المذهبين الشافعي والحنفي لاعتماد الأوائل فيها على حديث آحاد منسوب إلى عبد الله بن عمر. راجع: تخريج الفروع على الأصول، ص66.

(3) ابن قدامة، المغني، ج7، ص198. والجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، ص171-172.

العيوب. وإن كان الهدف إثبات سلامة الصفقة وصحّتها وعدم البرهنة على وجود العيب بها فإنّ النيّة تتجه إلى إلغائها وإبطالها.

ويضيف ابن الوكيل مثل السّبكي إلى ما كان يغلب عند الفقهاء من استعمال للعادة العرفية السائدة معياراً لضبط المقادير والكميات الصغرى التي يتبادلها الناس بكل حريّة فيما يعرف عندهم بالمحقّرات. ولئن رأى فيه بعض الفقهاء أنّ مثل هذه الكمّيات تقاس بالحدّ الذي يقوّم به نصاب السرقة (كرطل الخبز ونحوه أو ربع دينار) فإنّ آخرين قدّروها اعتماداً على العرف الشائع بين النّاس. وهو الحال مع ضبط النجاسات المعفو عنها، والأفعال المنافية للصلاة، ومستوى القدرة المتعلقة بالدفع والمصاريف وغيرها[1].

وإذا كانت القائمة التي رصد فيها الفقهاء الحالات الفقهية التي تعتمد على العرف طويلة ومفصلة ودقيقة؛ فإنّه بالإمكان إجمالها إلى أربعة أصناف كبرى هي:

- الأول: يشتمل على الحالات التي ترتكز على تقدير السن والزمن والطول والمقدار. وهي متعلقة ببعض الأمثلة مثل سنّ الحيض ومدّته وفترة الحمل والولادة (وتتصل بدورها بإمكانية أداء المرأة للشعائر الدينية مثل الصلاة والصيام والحج). وباعتبار القاعدة العامة التي تقبل بما لا يتعارض مع الشريعة فإنّ هؤلاء الفقهاء يشيرون دوماً إلى العرف معياراً مهمّاً في تقدير المتغيّرات[2].
- الثاني: يشتمل على الحالات المتعلّقة بالمعاملات الماليّة مثل طرق الدّفع والنقد الغالب والعلامة الدالة على انتقال الملكية (ظاهر اليد، الحركة،

(1) راجع: ابن الوكيل، الأشباه والنّظائر، ج1، ص141-142، 156-161. السبكي، الأشباه والنّظائر، ج1، ص50.

(2) العلائي، المجموع، ج1، ص141. السُّبكي، الأشباه والنّظائر، ج1، ص50-53. الزركشي، المنثور في القواعد، ج2، ص356-359.

التخلّي)، ويتضمّن كذلك إدراج بعض المرافق أو استثناءها من عقد البيع أو الإيجار.

- الثالث: يتعلق بالعادات الاجتماعية مثل أوقات الزيارات وآداب تبادل الهدايا.
- الرّابع: يتصل بكيفية تفسير العبارات اللّغوية وشرحها في العقود والوصايا والأوقاف والأيمان.

واعتماداً على استقرائهم لمثل هذه الحالات وغيرها ضبط الفقهاء عدداً من القواعد المرشدة إلى اكتشاف سبل فتح ما انغلق في هذه القضايا. ولذلك فإنّ الجدل الذي قام حول هذه القضايا في مدونات القواعد خلال الحقبة اللاحقة (بعد القرن الثامن/الرابع عشر) لا يمكن أن يفهم إلا عبر إعادة صياغة الجدل الأول في أهمّ فنيْن من فنون التشريع الإسلامي الوسيط وهما: فروع الفقه وأصوله. ولعلّ أهمّ مثال مجسّد لذلك هو ما أثير حول العلاقة بين العرف والاطراد والتّواتر، فكلمة «عرف» مثلاً تدلّ على مفهوم الاطّراد، غير أنّ الإشكال الذي ظلّ قائماً هو معيار التمييز بين مجرد فعل متواتر وعرف ثابت مطّرد.

وقد لخّصت القاعدة التي بنوها جزءاً من حلّ هذا الإشكال حين رأوا أنّ العرف الخاص يمكن أن يُعدَّ شرطاً ضمنياً لو وقع الاعتراف به مثل العام المطّرد. فالاعتراف بالعرف لا يتوقف على الاطراد فحسب بل على اعتراف عام باطّراده. فإذا ثبت ذاك الاطّراد فسوف يغدو صالحاً وملزماً. وإذا كان غير ذلك فإنّه يكون عرضة لمزيد التأهيل حتى يُمنح الاعتراف اللازم. ويعكس صدى هذا التصور العقد الذي لا يضبط النقد (العملة) المتداول. وهو يحمل عادة على النقد الغالب إذا كان متفقاً عليه، وكان الوسيلة الوحيدة للدفع. أما إذا كان هناك أكثر من نقد واحد متداول فإنّ العقد ينبغي أن ينصّ صراحة على النقد المطلوب[1].

---

(1) السيوطي، الأشباه والنّظائر، ص92. الزركشي، المنثور، ج2، ص361.

وبهذا المعنى كانت القاعدة الأصولية الأرضية الصلبة الموجّهة للقاعدة الفقهية. وكانت القاعدة الفقهية بدورها انعكاساً لاختيارات فقهية وتشريعية في الفروع تخفي وراءها خلفية فكريّة ما كثيراً ما وجّهت مسار التفكير الأصولي، وخصوصاً في التعامل مع العرف.

7- العرف عملاً لغوياً في القواعد:

شهد فن القواعد تطوراً لافتاً للنّظر بعد أن استقرّت أوضاع أهم المذاهب الفقهية وعرفت تماسكها النّهائي. وقد كان ذلك التماسك موسوماً من خلال نشأة شعور واضح بهوية المذهب الذي كان يتكيّف مع بنائه الإيديولوجي المسهم في تشكله واستوائه وتميّزه عن سائر المذاهب الأخرى.

ولهذا البناء الإيديولوجي جملة من العناصر والمقوّمات الأساسية والكبرى التي ينشدّ إليها مثل مدونة النّصوص المنسوبة إلى مؤسس المذهب وأتباعه المعاصرين أو اللاحقين فضلاً عن مختلف الشروح المفصلة للنّصوص التأسيسيّة وسلسلة الفقهاء التي اضطلعت بدور النّقل السليم والمتواصل لأعلام المذهب وكبار مجتهديه إلى الأجيال اللاحقة. وطبيعي أن يكون سرّ استمرار عدد من المذاهب في التاريخ إلى اقتفاء هذا المنوال العام في تناقل المعارف الفقهية وتنظيمها. أمّا المذاهب التي لم يكتب لها النجاح في البقاء فيبدو أنها افتقدت مثل هذا المنوال، ومن ثَمَّ لم تكن قادرة على التطوّر والنموّ، فكان طبيعياً أن تضعف مزاحمتها لسائر المذاهب فآلت إلى الاندثار.

وفي هذا السياق يبدو أنّ الفقيه المالكي شهاب الدّين القرافي أفضل مثال مجسّد ومفيد لمثل هذه الجهود، وأبرز من يمكن أن يعكس الصورة الناصعة لعملية الحفاظ على إرث مذهبه من خلال كتابه الشهير (**الذخيرة**) الذي يعدّ أوسع مدونات الشروح في المذهب المالكي[1]. وقد كان ممهّداً

---

(1) القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجّي وسعيد أعراب ومحمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م (14 جزءاً).

لتأليف كتابه (**الفروق**)، لأنّ عدداً لا يحصى من الأوضاع والأحوال المتناثرة في فروع الفقه ترتبط في النّهاية بجملة من المبادئ الأساسية الكبرى التي تحدّد مجتمعة البنية الأساسيّة الكبرى لنظام الفقه المالكي[1].

ولئن كانت ميزة هذا العمل تظهر في تلخيص عدد لا يحصى من الحالات والنّوازل الفقهيّة في شرح الفروق الدقيقة فيما بينها، فإنّ الغاية المثلى منها تكمن في مزيد إحكام السيطرة على المادة الفقهية المبعثرة وضبط منهج تأليفي صارم للتعامل مع القضايا الطارئة وغيرها[2].

ويبدو أنّ أهم الفروق، التي ركّز عليها القرافي في التمييز بين القواعد، وكان لها الأثر العميق في ضبط جملة من المبادئ الكبرى، ما كان يتصل مباشرة بمسائل حسّاسة في الحياة الاجتماعية أهمها المعاملات والأحوال الشخصية والقضاء. وقد تمخّض عن ذلك تسليط الضوء على دور العادة العرفيّة الشائعة في شحن بعض الألفاظ بدلالات فقهية مخصوصة لما لها من أهمية بالغة في صياغة قواعد عمليّة مؤثرة في كيفية التعامل مع المسائل المصيرية المتحكمة فعليّاً في مدى تماسك البناء الاجتماعي وسهولة عملية الاندماج بين مختلف الأطراف المشكلة لنظام المجتمع[3].

---

(1) القرافي، الفروق، ج1، ص3.

(2) وجعلت مبادئ المباحث في القواعد بذكر الفروق والسؤال عنها بين فرعين أو قاعدتين فإن وقع السؤال عن الفرق بين الفرعين فبيانه بذكر قاعدة أو قاعدتين يحصل بهما الفرق، وهما المقصودتان، وذكر الفرق وسيلة لتحصيلهما وإن وقع السؤال عن الفرق بين القاعدتين فالمقصود تحقيقهما، ويكون تحقيقهما بالسؤال عن الفرق بينهما أولى من تحقيقهما بغير ذلك، فإن ضم القاعدة إلى ما يشاكلها في الظاهر ويضادها في الباطن أولى؛ لأن الضد يظهر حسنه الضد وبضدها تتميز الأشياء». القرافي، (م.ن).

(3) ما أثاره القرافي هو امتداد للجدل الأصولي حول علاقة اللفظ بالمعنى والدّلالة (أشرنا إليه في الفصل الأول من القسم الثاني) وهو جدل متولّد عن القضايا الكلامية حول التوقيف والاصطلاح، وملخصها: العلاقة بين اللفظ والمعنى وقفية أم =

وإجمالاً كان تمييز الأصوليين بين الإنشاء والخبر مندرجاً في صلب إشكاليّة التمييز بين الدلالتيْن اللّغوية والعرفيّة. وكانت آراء القرافي تقوم على التمييز بينهما عرفياً. ذلك أنّ العرف هو الكفيل بتحويل دلالة بعض الجمل من مجال الخبر إلى الإنشاء وفقاً لما بات يعرف عند الأصوليين والفقهاء بالنقل العرفي في الكلام[1]. فمن المعلوم أنّ البلاغة القديمة عرّفت الخبر بأنّه المحتمل للتصديق والتكذيب لذاته، وأنّ الإنشاء لا يقبل ذلك ولا يمكن نعته بالصدق والكذب إذا كان الكلام طلباً (أمراً واستفهاماً) أو رجاء أو تعجّباً. لكنّ بعض الصيغ الأخرى عرفت خلافاً في تصنيفها مثل الأيْمان (القسم) إضافة إلى بعض الصيغ اللغوية المستعملة في التعاقد والمتعلقة بعملية البيع والشراء على وجه الخصوص. والقرافي يرى أن هذه الصيغ المختلف بشأنها بين الفقهاء لم تكن في أصل وضعها إنشائية، بل حوّلها العرف كذلك. فإنْ كان الوضع اللغوي المجرّد معبّراً عن المعنى الأصلي فإنّ الوضع الإنشائي للكلام ينقل معنى مغايراً. وذاك هو الفرق بين الصنفين.

ولعلّ المعيار الذي وظّفه القرافي لإبراز دور النقل العرفي وإثباته في التمييز بين الخبر والإنشاء لا يقتصر على مجرّد التكرّر فحسب، بل يشترط فيه توافر ركن النية والقصد من الاستعمال إلى حدّ يصير المتبادر منه إلى الذّهن والفهم هو المجاز الراجح المنقول إليه دون الحقيقة اللغوية. ويقدّم على سبيل المثال عبارات الطلاق مثل «حبلك على غاربك» و«أنت برية» و«وهبتك لأهلك» التي تدلّ في أصل وضعها اللغوي على الخبر، وتحوّلت

= اصطلاحيّة؟ ويتوسطها الموقف الذي يجمع بين التوقيف والاصطلاح، ليقسّم الوضع إلى جزأين: لساني وهو اللفظ ونفساني وهو المعنى باعتبار أنّ الوضع في جزء منه إلهي وهو النفساني وفي آخر بشري وهو اللساني. راجع: الرّازي، المحصول، ج1، ص181. الإسنوي، التمهيد، ص135.

(1) القرافي، الفروق، ج1، ص18-31. والإحكام، ص75-77. والإسنوي، التمهيد، ص137-198.

عرفياً لإنشاء الطلاق. وكذلك في عبارة «الحرام» التي أخذت دلالة عرفية على طلاق الثلاث منبّهاً، في الإطار ذاته، إلى اكتساب تلك العبارات لدلالات عرفية تختلف باختلاف السياقات الاجتماعية والأقاليم[1]. ويتأسّس رأي الفقيه المالكي على مبدأ ضرورة التمييز بين العبارات التي يتكرّر استعمالها ولا تكون منقولة، والعبارات التي يتكرّر استعمالها وتكون منقولة. ويصدق هذا على المجاز في استعمال عبارة الأسد في الرجل الشجاع، فلا يكون منقولاً، وعلى العبارات التي يفهم منها المنقول دون قرينة عند إطلاقها لتصرفها عن الحقيقة. ومن ثمّ يظهر أنّ النقل العرفي أخص من التكرّر، وأنّ التكرّر يلزم منه النّقل لأنّ الأعمّ لا يستلزم الأخصّ. فإذا لم يصر اللفظ منقولاً بمجرد التكرر لا يجوز حمل اللفظ على شيء تكرر اللفظ فيه، ولم يكن اللفظ موضوعاً له إلا بقرينة، ولا يعتمد على مطلق التكرر[2]. وينبني على هذا التحليل الذي تتغيّر فيها دلالة العبارات تغيّراً في الأحكام الفقهية حول الصيغ المنقولة من دلالة الوضع اللغوي إلى دلالة الوضع العرفي وأهمها الأحكام المتعلقة بالأيمان التي أجمعت المذاهب على حملها على مقتضى العرف.

وتنطبق هذه القاعدة على عدد من الحالات والأوضاع المماثلة مثل النّقد وتقدير النفقات. وقد رصد القرافي أنّه كان معتاداً عند الناس في عصره استعمال صيغ معينة في الشهادة والبيع والطلاق. ففي العادة «أنّ الشهادة تصحّ بالمضارع دون الماضي واسم الفاعل، فيقول الشاهد: «أشهد بكذا عندك -أيدك اللّه- ولو قال: «شهدت بكذا» أو «أنا شاهد بكذا» لم يقبل منه، وكذلك البيع يصحّ بالماضي دون المضارع -عكس الشهادة- فلو قال: «أبيعك بكذا» أو قال: «أبايعك بكذا» لم ينعقد البيع عند من يعتمد على

(1) القرافي، الفروق، ج1، ص44.
(2) (م.ن)، ج3، ص85.

خصوصيات الألفاظ كالشافعي، ومن لا يعتبرها لا كلام معه. وإنشاء الطّلاق يقع بالماضي نحو: «طلقتك ثلاثاً»، واسم الفاعل نحو: «أنت طالق ثلاثاً» دون المضارع نحو «أطلقك ثلاثاً»[1].

وبناء على ذاك، فمن الطبيعي أن يراعي كلّ من القضاء والإفتاء الفروق القائمة بين تلك الأبواب التي تتأسّس أصلاً على ضرورة التمييز بين دلالتي الإنشاء والخبر اعتماداً على النقل العرفي. وهذا ما عبّر عنه صاحب **(الفروق)** صراحة حين قال: «فأي شيء نقلته العادة لمعنى صار صريحاً في العادة لذلك المعنى بالوضع العرفي فيعتمد الحاكم عليه لصراحته، ويستغني المفتي عن طلب النية معه لصراحته أيضاً، وما هو لم تنقله العادة لإنشاء ذلك المعنى يتعذر الاعتماد عليه لعدم الدلالة اللغوية والعرفية»[2]. ولا يتوقف حرص القرافي على ضرورة التمييز بالاعتماد على النقل العرفي إلى هذا الحد، بل ينبّه في موقف أقرب إلى تصوّر موضوعي وعلمي للكلام البشري إلى دور الحقيقة العرفية في اللّغة في تغيير الدلالات باستمرار وما يمكن أن ينجرّ عنها من تولّد معضلات فقهية جديدة. فهو يرى أنّ الفرضيّة التي تنتج نسخ دلالة قديمة بأخرى جديدة بحكم تغيّر العادة المرتبطة بها ينبغي أن تحملنا على الأخذ بالجديد والتخلّي عن القديم. ولذلك يشترط على المشرّعين مهما اختلفوا أن يطّلعوا على الحقائق العرفية، وخصوصاً في اللغة واللّسان لتحاشي الوقوع في إشكالات فقهية عويصة[3]. وهكذا تغدو المعادلة واضحة ومتلخصة في ضرورة مواكبة الحكم الشرعي لتغيّر العوائد[4].

(1) القرافي، الفروق، ج1، ص53.

(2) القرافي، (م.ن).

(3) خصّص القرافي صفحات عديدة لعرض الأمثلة المتعلقة بالفروق بين الإنشاء والخبر وفقاً للنقل العرفي، ومنها مسألة مطابقة الخبر للصدق أو الكذب ومخالفتهما بناء على العادة الشائعة، وكذلك التمييز بين الشروط العقلية والعرفية والشرعية في المعنى وأثرها في مسائل الطلاق والعدة والنفقة. (م.ن)، ج1، ص54-116.

(4) وهو ما صاغه وعبّر عنه في قوله: «لأن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها =

إنّ الاعتناء بظاهرة النقل العرفي لسانياً، وبيان دورها في التحويل الدّلالي للعبارات والجمل يكشف عن وعي عدد من الأصوليين والفقهاء عموماً في تلك المرحلة -ومن ضمنهم القرافي- بمدى خطورتها في تأكيد بعض الأحكام وإلغاء الأخرى. وتأتي الفروق القائمة عليها بين الخبر والإنشاء لضبط كل ما ينبغي الالتزام به لدى الأطراف المعنية قولاً وفعلاً سواء في العقود أم الأحوال الشخصية. وتحيلنا تجلّيات هذه الإشكالية مباشرة إلى ما اكتشفته اللسانيات الحديثة من توزّع الكلام البشري في دلالته وتركيبه إلى مستويين: مستوى البنية السطحية الظاهرة (surface structure) ومستوى البنية العميقة (deep structure)؛ إذ تطابق الأولى الجمل الصحيحة المعنية في اللغة وتحدّد التفسير الصوتي لها بينما تحدّد الثانية التفسير الدّلالي للجملة، وبذلك يكون للبنية العميقة ربط مزدوج فهي مدخل لقواعد التحويل التي تنشئ البنية السطحيّة ومدخل لقواعد الإسقاط التي يحصل المتكلم عند تطبيقها على التمثيل الدّلالي[1]. ويبدو أنّ هذا التصور حول اللغة وإن كان

= كيفما دارت. وتبطل معها إذا بطلت كالنقود في المعاملات والعيوب في الأعراض في البياعات، ونحو ذلك. فلو تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى لحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها، وكذلك إذا كان الشيء عيباً في الثياب في عادة رددنا به المبيع. فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به. وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المرتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه بل قد يقع الخلاف في تحقيقه هل وجد أم لا». (م.ن)، ج1، ص176.

(1) هذان المفهومان مرتبطان بتصور كامل للغة في نظرية اللسانيات التوليدية والنحو التوليدي لتشومسكي، وهما يتأسّسان على مفهومي الكفاية اللغوية والأداء الكلامي؛ إذ تشير الأولى إلى القدرة على إنتاج الجمل وتفهمها، وهي معرفة الإنسان الضمنية باللغة وقواعدها في الذهن. أما الثانية؛ أي الأداء، فهي الاستعمال الآني للغة ضمن سياق معيّن، وفيها يعود المتكلّم بصورة طبيعية إلى القواعد الكامنة ضمن الكفاية اللغوية. راجع: زكريا، ميشال، الألسنية التوليدية والتحويلية وقواعد اللغة العربيّة (النظرية اللسنية)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنّشر والتوزيع، بيروت، ط2، =

حديثاً فإنّ صداه كان موجوداً في التراث البلاغي العربي لدى الجرجاني؛ إذ تمثل البنية العميقة الأساس الذهني المجرّد لمعنى معيّن يوجد في الذهن ويرتبط بتركيب جملي أصولي فيكون تركيبه تجسيداً لذلك المعنى ورمزاً له، وهذه النواحي لا بدّ منها لفهم الجملة وتحديد تفسيرها الدّلالي وإن كانت غير ظاهرة فيها[1].

8- العرف والقواعد الخمس:

تتفق أغلب المصادر المؤرّخة لتطور القواعد الفقهية على أنّ ما بات يُعرف بالقواعد الخمس تنسب إلى الفقيه الشافعي الحسين المروروذي[2]. ولئن كان اختصار القواعد إلى خمس محلَّ اعتراض وجدل بين عدد من الفقهاء فإنّ طبيعة تطوّر هذا الفنّ في المراحل اللاحقة المرتبطة بتشعّب مسائل الفروع حتّمت اللجوء إلى الحدّ منها، واعتماد أنموذج مختزل وجامع لأهمّها. وهو ما لمحناه في المجهود الذي أنتجه العلائي عندما جمع أكثر القواعد أهمية وفرّعها إلى قواعد جزئية وضوابط استثنائية[3]. ويظهر أنّ منزلة العرف بينها كان

= 1986م، ص32-45. بارتشت، بريجيتيه، مناهج علم اللغة من هرمان باول إلى نعوم تشومسكي، تعريب سعيد حسن بحيري، دار المختار، القاهرة، ط1، 2004م، ص278. وللتوسع انظر الفصل المتعلق بالبنية السطحية والبنية العميقة لـ:

Oswald Ducrot/Tzvetan Todorov, «Dictionnaire encyclopédique des sciences du langage»,èditions Seuil, 1972,pp. 302 -316.

وكذلك في فصل عقده تشومسكي:

Noam Chomsky, "Une théorie linguistique élémentaire", in structures syntaxiques. traduit par: Michel Braudeau, Editions Seuil,1969,pp. 21-28.

(1) القيسي، عودة الله منيع، نظريّة اللغة بين عبد القاهر الجرجاني وتشومسكي، ضمن كتاب: العربية الفصحى، دار البداية، عمان، ط1، 2008م، ص47-72.

(2) ألمح السبكي إلى أن المروروذي هو أول من ذكر أن مبنى الفقه على أربع قواعد هي: اليقين لا يزال بالشك، والضرر يزال، والعادة محكمة، والمشقة تجلب التيسير، وأهمل الخامسة: الأمور بمقاصدها. انظر: الأشباه والنّظائر، ج1، ص12.

(3) العلائي، المجموع المذهب، ج1، ص137.

مهمّاً ومؤثراً، على الرغم من الاختلاف في رتبته[1]. فقد خصّص له جزءاً غير يسير من صفحات كتابه في معرض الحديث عن القاعدة الخامسة ألا وهي «اعتبار العادة والرّجوع إليها»[2].

ويتخذ من الأساس القرآني لمفهوم العرف الحامل لدلالات دينية وأخلاقية مدخلاً دون الخوض مباشرة في دلالاته الاجتماعيّة الفقهية؛ إذْ وظّف الاستشهاد بالآية الثامنة والثلاثين من سورة الرّعد[3] قواماً نظريّاً يستند إليه لبناء رؤية كلاميّة يبرّر بها تلك القاعدة حين عرض حجج القرآن لدحض ادّعاء الكافرين الذين كانوا لا يؤمنون بإمكانية اضطلاع بشر مثلهم بمهام النبوة. بينما تشير الآية إلى عكس ذلك الإيمان بأنّ جميع الأنبياء (باستثناء عيسى المسيح) كانوا بشراً وتزوّجوا وأنجبوا الذريّة. ويدعم العلائي هذه الحجة بمفهوم العادة التي سنّها الله في خلقه والموجودة في القرآن، ويوظف آية أخرى، في سبيل الرّبط بين مفهومي العادة الكلامي/ الديني والفقهي الاجتماعي، تأمر بتعليم الأبناء الاستئذان قبل الدخول إلى البيوت، مؤكّداً عبر هذا الشاهد القرآني قيمة احترام العادة العرفية في النص المقدّس التأسيسي[4].

---

(1) اقتفى معظم الفقهاء الأنموذج الذي خلّفه العلائي، وبدا واضحاً أنهم اختلفوا في رتبة القاعدة المتعلقة بالعرف وهي: «الرجوع إلى العادة» عند السبكي، و«العادة محكمة» عند السيوطي وابن نجيم، فالأول وضعها في الرتبة الرابعة والثاني والثالث في الرتبة السادسة. راجع: السبكي، الأشباه والنّظائر، ج1، ص50. السيوطي، الأشباه والنّظائر، ج1، ص88. ابن نجيم، الأشباه والنّظائر، ج1، ص89.

(2) العلائي، المجموع المذهب، ج1، ص137.

(3) ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً وَمَا كَانَ لِرَسُولٍ أَن يَأْتِيَ بِآيَةٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ﴾ [الرّعد: 38].

(4) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِّن قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُم مِّنَ الظَّهِيرَةِ وَمِن بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَّكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآيَاتِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [النّور: 58].

وبعيداً عن هذا التصوّر المتأثر بطريقة الأصوليين المتكلّمين في القواعد وتوظيف الشاهد القرآني الداعم لسياقه التأويلي (العادة/ المعجزة) الذي اتخذه حجة أساسية يبرّر بها قاعدة الرجوع إلى العادة في الفقه، حاول أن يتبيّن المفهوم في السنّة النبويّة. وعلى الرغم من أنّه يشكّك في الحديث المنسوب إلى الرّسول الذي كان يُتّخذ ذريعة لحجية هذا الأصل، فإنّه يشير إلى ما شاع في السنة العمليّة من رجوع متواتر للعادات العرفية الشائعة لدى الرّسول. ومنها الحديث الذي يشير فيه الرّسول صراحةً إلى اعتماد الوزن في مكّة والكيل في المدينة[1]. ويبرّر ذلك بأنّ مكة كانت مركزاً للتجارة، وأنّ موازينها معروفة ومشتهرة بين التجّار خلافاً للمدينة التي كانت تُعرف بأنّها رائدة في الزراعة، وكانت مكاييلها مشتهرة كذلك بين المزارعين في مختلف أنحاء الجزيرة العربية. ويوظف شاهداً نبوياً آخر يتعلّق بضبط حدود المسؤولية في الحالات والأوضاع التي تتصل بتعدّي الحيوانات على أملاك الغير، والتي قضى فيها الرسول بحفظ المالكين لممتلكاتهم نهاراً، وحفظ أصحاب المواشي مواشيهم باللّيل، طبقاً للعادات العرفية الشائعة[2]. ولتلك الأسباب يقع تحميل المسؤولية طبقاً لهذا المعيار الذي سنّه الرّسول. وهو لا يخرج عن نطاق تطبيق ما تعارف عليه النّاس وألفوه فيما بينهم. ومن ثمّ يوضّح العلائي، من خلال الشاهدين، أنّ الرسول باستناده إلى العادة العرفية السائدة وضع سابقة مهمّة في الفقه يتمّ الرّجوع إليها في الحالات والأوضاع المماثلة والمتشابهة[3].

---

(1) «الوزن وزن مكة، والمكيال مكيال المدينة». أخرجه أبو داود السجستاني. راجع: سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدّين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، (د.ط)، ج3، ص246.

(2) «حدثنا محمود بن خالد، حدثنا الفريابي عن الأوزاعي عن الزهري عن حرام بن محيصة الأنصاري عن البراء بن عازب قال: كانت له ناقة ضارية، فدخلت حائطاً، فأفسدت فيه، فكلم رسول الله ﷺ فيها، فقضى أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأنّ حفظ الماشية بالليل على أهلها، وأن على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل». أخرجه أبو داود، (م.ن)، ج3، ص298.

(3) العلائي، المجموع المذهب، ج1، ص140.

وعلى منواله اقتفى سائر الفقهاء اللاحقين هذا الأثر التأويلي في تعاملهم مع القواعد الفقهية. وكان ذلك الاقتفاء مخصوصاً بحسب تنوّع المذهب الذي ينتمي إليه كلّ فقيه. ومنذ تلك المرحلة صنفوا القواعد صنفين: القواعد الكليّة الكبرى القليلة التي تتخلل القضايا الكبرى في المدوّنة الفقهية كاملة، والقواعد الصغرى التي تعالج التفاصيل الدقيقة وأحياناً الاستثنائية في مختلف الفروع الفقهية[1].

خاتمة الفصل:

إن التطور التدريجي لمفهوم العرف داخل حقل القواعد الفقهية قد نشأ انطلاقاً من التطبيقات الفقهية المتناثرة ضمن أبواب الفقه وفروعه. وقد تمخّض عنها تعدّد الإحالة إليه حتى ضمن أبواب لا تعالج إشكالاته مباشرة. وفضلاً عن كلّ ذلك، أثار الجدل حوله نقاشاً واسعاً حول عدد من المبادئ الكبرى والأصول الرّئيسة المتحكمة في القواعد. ولعلّنا نميل إلى تفسير ذلك بأن نشأة القواعد ذاتها وتطورها في سياق تاريخ الفقه والأصول كانت دوماً مقترنة بقضايا على صلة بالعرف. فهو ظاهرة كاشفة عن التنوّع والثراء الذي يرافق في العادة ممارسة الإنسان لأنشطته الدنيوية والاجتماعيّة. وهذا ما يفسّر لنا ارتباطه العضوي بميدان الفتوى والفروع. فقد كانت عاكسة فعلاً لتعدد الحالات والطوارئ التي كانت تحتاج إلى أجوبة فقهية محدّدة. وهكذا نشأ اتجاه إلى توحيد منهج التعامل مع تلك الأوضاع المتشعبة ليمرّ حتماً عبر ما أرساه الأصوليون من مناهج وقواعد تضع حدّاً لاختلافات قائمة كانت منبئة

---

(1) لا تعدّ هذه الطريقة الوحيدة في فنّ القواعد، بل نجد طرقاً أخرى مثل طريقة الزركشي الذي ينظم القواعد تنظيماً أبجدياً، وطريقة ابن رجب الذي يصوغها وفقاً لأبواب الفقه. انظر: الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية. وابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه (مرجع مذكور سابقاً). ونجد مؤلفات أخرى تتعامل مباشرة مع الفتاوى مثل كتاب ابن تيمية: القواعد النورانية الفقهية، تحقيق محمد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية، القاهرة، ط1، 1951م.

بتمزّق اجتماعي فسياسي خطير في ظلّ وجود دولة مركزيّة ممتدة الأطراف ومؤسسة دينية تعمل على تسييج منوالها الفكري والتشريعي.

على هذا الأساس كانت القواعد استجابةً عمليّةً اقتضتها تلك الأسباب وكأنها ردّ فعل أو خشية من إمكانيّة توقّع انفلات التشريع من مصدر إلهي أساسه النقل إلى مصدر بشري أساسه العرف. وبما أنّ الأصوليين فهموا منذ القرن الخامس/الحادي عشر أنّ الاحتكام إلى النّقل وحده لم يعد يجدي نفعاً في ظلّ ما كانت تفرضه التغيّرات الاجتماعيّة والاقتصادية من مقتضيات في واقعهم، فإنّهم وجدوا في توسيع الأدلة، ومنها دليل العقل والتجارب، مثل العادات وقرائن الأحوال بما ساعدهم على بناء رؤية توفيقيّة كانت فيها الإحالة على الأعراف واضحة في مجمل المسائل المتعلّقة بالحياة الاجتماعية مثل المعاملات والعقود وقضايا الزواج والطلاق والنزاعات أمام القضاء.

ويظهر، من خلال استقرائنا لتطوّر العلاقة بين العرف والقواعد الفقهية التي كانت تكشف لنا عن صلات وثيقة بينهما منذ توقّف الوحي وغياب الرّسول وميل المسلمين إلى مصادر غير نقلية، أنّ الإشكاليات المطروحة ضمنها كانت تشير، في الوقت ذاته، إلى ما كان يطرأ على الفكر الأصولي من تغييرات يظهر صداها في كل موطن تبرز فيها إلى السطح مظاهر تلك العلاقة. ومنها قضية المقصد الشرعي التي تولّدت من خلال هذا التعارض العملي الذي كان يطفو أحياناً بين محدودية الأحكام النقليّة ولا محدودية النوازل والطوارئ. ولئن تبدّى لنا ذاك من خلال استعمال منهج التخريج والترجيح لجعل القواعد أغلبية مطّردة فإنّها سرعان ما كشفت عدم نجاعتها لاستحالة تحوّلها إلى قواعد كليّة عامة. وبناء عليها كانت مظاهر التفكير في معيار آخر تتبلور تدريجياً عبر صياغة مفهوم المقصد الذي ينطوي على مبدأ المصلحة المتضمن بدوره مبدأ مراعاة العرف لكي يرتقي تدريجياً إلى دليل من أدلّة الأصول التكميلية. وما كان ذلك ليتم لولا تطوّر إشكالات القواعد الفقهية في علاقتها بالعرف من جهة وصلتها بثوابت الأصول من جهة أخرى.

ولعل هذا هو الذي انتبهنا إليه على وجه الخصوص في ما ألفه كل من ابن عبد السلام وابن الوكيل والقرافي. فقد انطوت قواعدهما (ولاسيما تلك التي تطرّقت إلى مسائل عرفية) على إثارة لإشكاليات أصوليّة متعلقة بها. منها ما يتعلّق بمعايير المفاسد والمصالح وأدلتهما، ومنها ما تعلّق بكيفية تفسير الألفاظ والأقوال عملاً بمراعاة مبدأ نسخ الدلالة العرفية للدلالة اللغوية في الخطاب. وهي القضايا التي طرحت بشكل موسّع في الأصول. وكان الهدف من إدراجها إيجاد الحجية الأصوليّة الكاملة لبناء قواعد المعاملات والتجارة والأحوال الشخصية ونزاعات القضاء وتوحيد معايير النّظر فيها. وعلى ذلك يمكن القول بأنّ إشكالية العرف والقواعد هي أفق آخر من آفاق إشكالية العرف والأصول التي تكشف مرّة أخرى أنّ تطور مفهوم العرف وتوظيفه في المدونة الأصوليّة كان فيه للإشكالات التي توقفت عندها القواعد إسهام في ذلك. وقد تكون عملية مواءمة القاعدة مع الطوارئ التي ترجمتها الفروع من أهمّ الأسباب التي دفعت إلى تطور مبحث العرف ضمن مصادر الأصول ذاتها.

لقد تطوّر التعامل مع العرف انطلاقاً من تكاثف الإحالات عليه في الفروع الفقهية، فعرفت تضخماً وتفرّعاً وتشتتاً في المسائل التي كان يعالجها. وهذا ما ألهم الأصوليين على مدى قرون للبحث عن صيغ تجرّد المبادئ الأساسية من تلك الإحالات المتنوّعة بجعلها قواعد جامعة يمكن استقراؤها بيسر حينما تقع معالجة الحالات المماثلة والأوضاع المتشابهة في أبواب الفقه. ويبدو أنّ المرحلة الأخيرة، التي تلت استقرار الفكر الأصولي واكتمال تشكّل مفاهيمه الكبرى بعد القرن الخامس الهجري/ الحادي عشر الميلادي قد سمحت للعرف بأن يتحوّل إلى أداة تفسيرية: كلامية ولغوية/ بلاغية، وكذلك فقهية/ اجتماعية إلى جانب مبادئ وأصول أخرى (تكميلية). وقد مكنته إلى حدّ ما من مواجهة الحاجات المتغيرة للواقع الاجتماعي المتبدّل والمتشعب. إلا أنّ ذلك التحوّل لم يكن كافياً في ظلّ منهج أصوليّ استمرّ

متأرجحاً بين أسبقيّة المسلمات الإيمانية الأشعريّة التي كانت غايتها تأكيد علويّة المصادر النقلية -للبرهنة على مبدأ التنزيه المطلق للذّات الإلهية وتوقيف القرآن- والحاجة الماسّة إلى مرونة التشريع في ظل المتغيرات التي كان يفرضها إيقاع الحوادث وتقرّرها الأعراف لتتجاوز أحياناً مقررات التأويل المغلق للأحكام القرآنية. ومن الطبيعي أن تعمل القواعد على صياغة آراء موحّدة يكون معيارها مفهوم المصلحة وكيفية إجرائه في الواقع انطلاقاً من اعتبار العرف، وهو ما رصدناه لدى كلٍّ من العز بن عبد السلام والقرافي. وكانت لتلك الخطوات الحاسمة في ميدان القواعد الأثر البالغ في ظهور علم المقاصد في ميدان الأصول سبيلاً جديداً ساعياً إلى تقويم المنهجية الكلاسيكية كما أرساها الشافعي. وسوف يكون للعرف، دون شك، أهميّة قصوى في بناء هذه النّظرية وتحديد معالمها وأدواته.



الفصل الثالث

العرف ونظريّة المقاصد الشّرعيّة

مقدّمة:

لم تكن نشأة علم المقاصد الشرعية في أواخر القرن الثامن للهجرة/ الرابع عشر للميلاد ابتداعاً جديداً خارج سياق التطور الكمّي والنوعي للفكر الأصولي والنشاط الفقهي. ولم يكن في الوقت ذاته قطيعة مع قضاياهما الشائكة، بل كانت نشأة هذا الفن ثمرة سيرورة متواصلة من الجهود الفكريّة التي بدأت منذ تأسيس علم أصول الفقه ذاته. وقد يكون أسبق من ذلك عمليّاً وتطبيقياً في القرنيْن الأول/ السابع والثاني/ الثامن حينما طفت على السطح معضلة كيفية المواءمة بين الأحكام النقليّة المقدّسة ومقتضيات الواقع المعيش من إكراهات اجتماعية متنوعة تداخلت فيها العوامل القبليّة والعرقية والاقتصادية والسياسية. وبرز ذلك بصفة جليّة مع السياقات التي نشأ فيها التفكير المذهبي المبكر في مفاهيم مثل المصلحة لدى مالك والاستحسان عند فقهاء الحنفية الأوائل بالعراق.

ولا تغيب عن أذهاننا المرحلة الحاسمة في القرن الخامس الهجري/ الحادي عشر الميلادي لمّا طوّر الجويني مفاهيم علم الأصول الموروثة عن الحقبة التأسيسية للشافعي ووسع مجالاتها النّظرية مستثمراً تطوّر مفاهيم علم الكلام ومنهجيته في الجدل والبرهنة والحجاج. فحدد مدارك العلوم ومصادر

معرفة الدّين في: العقليات والسمعيات والعادات[1]. وضبط مجالات الشريعة في ميادين ثلاثة أساسية هي الضروريات والحاجيات والكماليات[2] من أجل تقديم تصور كلّي للشريعة. وأضيف إلى ذلك كلّه تبلور الوعي ببداية انحطاط الوضع السياسي للمسلمين الذي اقترن بتداعيات تدهور الوضع التشريعي والفقهي. وقد انجرّ عنه طغيان الخلافات المذهبية لاستفحال الاستعمال الواسع للقياس الفقهي، وما أظهره من انعكاسات سلبية على المدونة التشريعية. كان من آثارها طغيان الأحكام الجزئية المنفصلة عن كليّات المبادئ الأخلاقية للشريعة ومعانيها[3].

كان هاجس البحث عن فهم كلّي للشريعة يخرج بالفقه من أزمة خانقة ظلّ يتخبّط فيها بعد استفحال التقليد المذهبي هو النبراس الذي اهتدى به الأصوليون المتكلّمون ممن كانوا يبحثون عن تأويل شامل ومتكامل للشريعة لا تتعارض فيه الأحكام العملية المستنبطة بالقياس أو الاستحسان مع ما استقر من مبادئ نظرية كبرى أصولية وكلامية. وكان مطمحهم هو النّظر إلى تلك الأصول وهي تلخّص مفهوم الكمال والتمام في الشريعة عبر النصوص المقدّسة المتعالية عن الخضوع للخطيّة الزمنية التي تقتضي التطوّر والتغيّر والتبدّل. وقد مرّ هذا المبحث عبر حلقات متعددة كانت فيها للظروف السياسية المتقلبة وعوامل حركة التاريخ المتسارعة أثر بارز في اهتداء الفكر الأصولي إلى علم المقاصد حلاً نظرياً لمعضلاته طول الحقبة الكلاسيكية.

وقد يبدو مفيداً، بالنسبة إلى بحثنا، تأكيد أهمية التطور المعرفي عاملاً من العوامل الحاسمة المسهمة في تشكيل هذا العلم. وأهمها توظيف فكرة التعليل بالحكمة للخروج من مضايق التعليل الفقهي (تعليل الأحكام) وما

---

(1) الجويني، البرهان، ج1، ص146-147.

(2) (م.ن)، ج2، ص927-938.

(3) الصغير، عبد المجيد، الفكر الأصولي وإشكالية السلطة العلمية في الإسلام، دار المنتخب العربي، بيروت، ط1، 1994م، ص347.

نجم عنها من تحويل الشريعة إلى مجموعة أوامر ونواه منعزلة عن أسباب الوقائع. وقد تطوّرت هذه الفكرة ابتداء بالجويني مروراً بالغزالي، ثم جسّدها ابن قيم الجوزية في الفتاوى إلى أن تشكّلت بأبعادها الفقهية الواسعة مع العز بن عبد السلام في دفاعه عن معرفة المصالح الدنيوية بوساطة العقل والتجربة والعادة. ثمّ استثمرها ابن تيمية في محاربة البدع والدعوة إلى تجديد علوم الشريعة بعد أن جعل الطوفي المصلحة باباً مستقلاً يحتكم إليها دفعاً للضرر وجلباً للمنفعة[1].

ولا تفوتنا الإشارة إلى أهمية تغير القواعد المعرفية ومنهجية تناول القضايا الأصولية والفقهية التي مهّد لها كلّ من ابن حزم وابن رشد. وقد تجسّدت في خطوات منهجية مهمّة؛ إذْ أبطل رائد المذهب الظاهري القياس الفقهي، وأحل محلّه الدّليل وأدرج البرهان الأرسطي بشقيه: الاستنتاج (القياس الجامع) والاستقراء وسيلة من وسائل التفكير بعد أن كشف عن قصور آلية القياس عند المتكلمين والفقهاء[2]. وطبق ابن رشد المنهج ذاته في

(1) تحسن العودة إلى ما كتبه كلّ من أحمد الرّيسوني وجاسر عودة في تلخيص تطور مفهوم المقصد الشرعي من النشأة إلى حدود القرن الثامن. الرّيسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الدار البيضاء، ط4، 1995م، ص33-103.

Jasser Auda, Maqasid Al-Shariah as philosophy of Islamic Law, The International of Islamic Thought, London,Washington, 2007,pp.1-25.

(2) برّر ابن حزم رفضه القياس الفقهي وإبطاله بجملة من الحجج النّظرية أهمّها: أنّ قياس الفقهاء والنحاة والمتكلّمين (السنّة) هو قياس بين أجزاء لا تنتمي إلى صنف واحد، بل بين جزء وآخر ينتميان إلى أنواع متباعدة وأصناف مختلفة، وكانت فرضيته في ذلك الردّ على اعتماد نظرية الجوهر الفرد لدى أهل السنة في بناء الرؤية البيانية وهي نظرية ترى أنّ كلّ شيء في العالم ينحلّ إلى أجزاء لا تتجزّأ وأن العلاقات بينها هي علاقات تجاور وانفصال، وأنّ الربط بين الأجزاء يقوم على اطراد التشابه والتماثل بينها على مستوى الأعراض (قياس الطرد) أو التمايز والاختلاف (قياس العكس)، بينما كانت رؤيته تقوم على أنّ الموجودات مصنفة إلى مجموعات كل =

العقيدة، وانتهى إلى الفصل التام بين المبحثيْن الديني والفلسفي ورفض تداخلها على غرار ما اصطنعته المنهجية الكلامية القديمة (الأشعرية)[1]. وكان من نتائج هذه النقلة المعرفيّة أن تغيّر التعامل مع النصّ الديني (القرآني خصوصاً) فلم يعد البحث عن دلالة النص قائماً على استثمار المعنى من اللفظ معزولاً؛ بل وجب استقراء مختلف الألفاظ (الجزئيات) لبلوغ المعنى الكلّي الجامع بينهما (الكلّيات). وإذا كان ابن حزم قد اهتدى إلى هذا المنهج من خلال معالجته للفظ الذي يختلف ظاهر معناه عن بديهة الحس والعقل[2]، فقد سلكه ابن رشد في ميدان العقيدة. فجعل دلالة التأويل قائمة على استخلاص معنى اللفظ من النص القرآني جملةً باعتماد هذا النوع من الاستقراء[3]. وبهذا المنهج استثمر الشاطبي هذه الممهدات المنهجية والمعرفية لبناء نظرية كان مقصدها الأسنى استخلاص «كليّات الشريعة» باعتبارها كليات استقرائية وفقاً لاصطلاحه[4]. وعبر هذه المنطلقات حقق صاحب **(الموافقات)** قطيعة مع المنهجية الأصولية القديمة التي أرساها الشافعي. فنقل فكرة المقاصد التي وظفها ابن رشد من مجال العقيدة إلى الأصول، ودعا إلى ضرورة بنائها على مبدأ القصد الشرعي بدل بنائها على

= واحدة منها تمثل نوعاً قائماً بذاته. ومن هنا فإنّ قياس جزء على آخر يختلفان في النوع هو قياس غير مبرر، وهو لا يرفضه إطلاقاً وإنما يجوزه داخل النوع الواحد. راجع: الجابري، بنية العقل العربي، ص517-518.

(1) الجابري، نحن والتراث، المركز الثقافي العربي، بيروت، ط6، 1993م، ص237-238.

(2) قاد هذا المنهج ابن حزم إلى التحرّر من التعامل البياني للنصّ الذي يطلب المعنى من اللفظ بمفرده من خلال الرّجوع إلى الأصل اللغوي وتقليب النّظر فيه وكأنه جوهر فرد، وبدل ذلك تعامل مع الألفاظ وهي تستقي معناها ودلالتها من الكلّ الذي تنتمي إليه. الجابري، بنية العقل العربي، ص524.

(3) الجابري، بنية العقل العربي، ص540.

(4) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص53.

استثمار ألفاظ النصوص. وكانت الغاية العظمى من وراء ذلك بناء العلم (الأصول) على القطع لا الظن درءاً للخلافات التي أسهم فيها[1] المسار الأصولي السابق بقسطه لآثاره في توسيع رقعة الخلافات الدّينية التي دعمت بدورها مزيداً من الشقاق والصراعات الدموية على المستويَيْن السياسي والاجتماعي بالأندلس[2].

كان مسعى الشاطبي إلى محاولة إنهاء الخلافات بين الفقهاء قادحاً دافعاً نحو تجاوز آليات التفكير الأصولية القديمة التي آلت بالفقه إلى شيوع تبنّي أحكام قائمة على الظنّ الراجح بدل الحقيقة اليقينية المطلقة والقطعيّة. ولهذا السبب كانت المسلمة التي انطلق منها للبرهنة عليها في موافقاته هي البحث عن أصول قطعية ونهائية للشريعة تكون لها القدرة على تقليص حدّة الخلافات. ومن ثمّ تمكين الفقيه من أدوات ضرورية ومبادئ توجيهية كافية تيسّر كيفية تأويل النّصوص وتضع للجميع طريقة موحّدة لبناء الأحكام. والواقع أنّ هذا المسعى هو الذي كان يقف خلف كلّ الجهود التي عرفها

(1) «إن أصول الفقه في الدين قطعية لا ظنية، والدليل على ذلك أنها راجعة إلى كليات الشريعة». الشاطبي، الموافقات، ج1، ص29-30.

(2) تزامن هذا التغيّر بتطوّرات الوضع السياسي والاجتماعي في المغرب الإسلامي سمتها الفراغ الذي خلفته الدولة الموحدية بعد انهيارها وحلول الدولة المرينية محلّها ومحاولتها الابتعاد عن الشعارات المذهبية التي أدت إلى انقسام الأندلس إلى دويلات، وانتشار الفكر المدرسي المبسّط، إضافة إلى شيوع البدع بعد رسوخ ظاهرة التصوف الطرقي الناجم عن جمود الإبداع الفقهي. وكانت مظاهر الأزمة تلوح في ظروف بداية احتضار الإسلام بالأندلس وتعاظم حركة استرداد الإسبان للإمارات التي كانت تحت قبضة المسلمين فتعقدت الحياة واختلطت العادات (مشرقية، مغربية، بربرية، أندلسية، إفرنجيّة) وبدت الشريعة عاجزة عن مواكبة ذاك التعقد والاختلاط بعد جمود الفقه، ومن ثم كان (الموافقات) ردة فعل عميقة وجذرية لتأزم الواقع السياسي والاجتماعي والديني والتاريخي عامة. راجع: الصغير، عبد المجيد، الفكر الأصولي وإشكالية السلطة العلمية، ص44-452. ويفوت، سالم، حفريات المعرفة العربية الإسلامية، ص192-193.

تاريخ علم الأصول. وإذا كانت القواعد الفقهية مثالاً لجهد استطاع توحيد طريقة تخريج أحكام مستندة إلى قضايا عديدة لا حصر لها في الفروع، فإنّ علم الأصول كان يبحث عن مبادئ تأسيسيّة عبر الكشف عن الحكمة الكامنة خلف أحكام الشريعة. ومنها إماطة اللّثام عن الكليّات الكونية التي تعبّر عن روح الشريعة ومقصدها الأسمى.

أراد الشاطبي (بعد استقراء تجارب السابقين) بناء علم الشريعة على القطع انطلاقاً من استقراء الجزئيات لبلوغ كلّيات تمثل المبادئ الأساسيّة لها، وتتضمّن المقاصد الكبرى. ولا تثبت تلك الكلّيات على سبيل القطع إلا بالأصول العقلية أو بالاستقراء الكلّي من أدلّة الشريعة[1]. وهي ترتكز بدورها على مقدّمات قطعية تتوزع إلى ثلاثة أصناف[2]. ومن ضمنها العادة التي وظفها للدلالة على المقصد العملي فضلاً عن دورها في الحدّ من الاستدلال العقلي في الشريعة الذي يرفضه[3]. وهنا يظهر إسهام العرف بمعناه العقلي الكلامي التجريدي في بناء الرؤية المقاصدية للشريعة.

---

(1) «بيان الأول ظاهر بالاستقراء المفيد للقطع، وبيان الثاني من أوجه: أحدُها أنها ترجع إما إلى أصول عقلية، وهي قطعية، وإما إلى الاستقراء الكلي من أدلة الشريعة، وذلك قطعي أيضاً، ولا ثالث لهذين إلا المجموع منهما». الشاطبي، الموافقات، ج1، ص29-30.

(2) المقدمات المستعملة في هذا العلم، بحسب الشاطبي، قطعية، وهي إما عقلية؛ كالراجعة إلى أحكام العقل الثلاثة: الوجوب، والجواز، والاستحالة. وإما عادية، وهي تتصرف ذلك التصرف أيضاً؛ إذ من العادي ما هو واجبٌ في العادة أو جائز أو مستحيل، وإما سمعية، وأجلها المستفاد من الأخبار المتواترة في اللفظ، بشرط أن تكون قطعية الدلالة، أو من الأخبار المتواترة في المعنى، أو المستفاد من الاستقراء في موارد الشريعة. الشاطبي، (م.ن)، ج1، ص34.

(3) «الأدلة العقلية إذا استعملت في هذا العلم فإنّما تستعمل مركبة على الأدلة السمعية، أو مُعِينة في طريقها، أو محققة لمناطها، أو ما أشبه ذلك، لا مستقلة بالدلالة؛ لأن النظر فيها نظر في أمر شرعي، والعقل ليس بشارع». الشاطبي، (م.ن)، ج1، ص35.

1- العرف واستقراء كلّيات الشريعة:

لمّا كان تأسيس قطعيّة الشريعة مقتضياً لاكتشاف كلّياتها فإنّ الأدلة المستعملة في العلم الموصل إلى كشفها ينبغي أن يعتمد على أدلّة قطعية وهي إمّا عقلية وإمّا سمعية. وعلى الرغم من أنّ الشاطبي يستنجد كثيراً بالأدلة العقليّة، فإنّه يدعم فكرة الاعتماد عليها بالقدر الذي تحتاج إليه الشريعة لتبرير الأدلة السمعية. فكثيراً ما كرّر القول بأنّ تلك الأدلّة مستعملة في المقام الأوّل لتأكيد الشرع وليس للاستدلال على معقوليته والبرهنة على سلامة منطقه. وهو يعترف بأنّ الحجة على قطعية أسس الشريعة تظلّ مطلباً دينيّاً عقائدياً. وإذا كانت تلك المطالبة مرتكزة في مجملها على الاستدلالات العقلية في المقام الأول (علم الكلام) فإنّ بناء الشروط الفقهية الشرعية (الكلّيات) تعتمد مباشرة على الأدلّة السمعيّة المطلقة والقطعيّة[1].

ويبدو لنا مهمّاً في هذا المقام أن نتبيّن حدود الاستدلال العقلي المرسل عند الشاطبي مرتبطة بتوظيفه لمفهوم «مجاري العادات» الذي يكرّره بشكل متواتر، ويستعمله باعتباره مفهوماً مركزياً لا يضع حدوداً فاصلة بين الأدلة العقلية ونظيرتها السمعية، بل يتوسط بينهما في بناء كلّيات الشريعة من جهة، وتحديد مصادر معرفة تلك الكلّيات من جهة أخرى.

ارتبط مفهوم العرف (العادة) لديه بحده لتصور معنى العلم في الشريعة. فقد بدت لنا إحالة هذا المفهوم على دلالة الحكمة العمليّة والمعرفة التجريبية[2]. وهي مستندة في جوهر معناها إلى دراسة مستفيضة لأحوال الأمم

---

(1) يذكر في موقفه من قطعية قواعد الأصول قوله: «فالعقلي لا موقع له هنا؛ لأن ذلك راجع إلى تحكيم العقول في الأحكام الشرعية، وهو غير صحيح، فلا بد أن يكون نقلياً». الموافقات، ج2، ص361.

(2) «ما تقدَّم في المسألة قبل أن كل علم لا يُفيد عملاً فليس في الشرع ما يدلُّ على استحسانه، ولو كان له غاية أخرى شرعية؛ لكان مستحسناً شرعاً، ولو كان مستحسناً شرعاً؛ لبحث عنه الأولون من الصحابة والتابعين». (م.ن)، ج1، ص61. والثالث: =

السابقة وطرق عيشها ومعارفها[1]. غير أنّها وإن كانت تحيل في طرف منها على الاستدلال العقلي فإنّها محتاجة دوماً لديه إلى هداية الأدلة السمعيّة التي تعصم العالم من الزلل وتبعده عن دائرة الظنون الخاطئة. والعقل وحده -مثلما تدلّ التجارب- لم يحمِ أمماً وشعوباً من انحراف العقائد ومساوئ العادات[2].

إنّ وضع حدّ لاسترسال العقل في كشف الكلّيات ثم المقاصد تمرّ حتماً عبر استقراء الأدلّة السمعية التي ينجم عن غلبتها اطّرادها وتواترها وعمومها إلى أن تغدو مسلّمات قطعيّة ونهائية. وفي هذا المستوى يستعيد الشاطبي طريقة الأصوليين الأوائل في ربط الأحاديث المتواترة بالخبرة والحسّ أثناء التقبّل من أجل دحض كل الشكوك التي تحوم حول صدقيتها وموثوقيتها. وينبني هذا الموقف على رفض أخبار الآحاد التي لا تفيد القطع وهو المطلوب في بناء كلّيات الشريعة. ومنها أن نقل اللغات وآراء النحو وعدم الاشتراك والمجاز وغيرها من سائر القضايا اللغوية والبلاغية والتخصيص والتعميم والنسخ ينبغي أن تقترن بها قرائن مشاهدة أو منقولة لتفيد اليقين. ولذلك فإن الأدلّة المعتبرة هنا المستقرأة من جملة أدلّة ظنية تتضافر على معنى واحد لإفادة القطع وهو التواتر بشقيه اللفظي الذي يتحقق عبره صدق الخبر، والمعنوي ليحصل به العلم المستفاد من كثرة الوقائع المنقولة[3].

ويوضح الشاطبي أنّ هذا المسلك هو الذي تتحقّق بوساطته وجوب القواعد الخمس في الدّين بفضل ما حفّ من أدلّة خارجيّة وأحكام صار بها

= ما جاء من الأدلة الدالة على أن روح العلم هو العمل، وإلا فالعلم عارية وغير منتفع به». (م.ن)، ج1، ص62. «العلم الذي هو العلم المعتبر شرعاً -أعني الذي مدح الله ورسوله ﷺ أهله على الإطلاق- هو العلم الباعث على العمل، الذي لا يُخلي صاحبه جارياً مع هواه كيفما كان، بل هو المقيد لصاحبه بمقتضاه، الحامل له على قوانينه طوعاً أو كرهاً». (م.ن)، ج1، ص69.

(1) (م.ن)، ج2، ص86.

(2) (م.ن)، ج1، ص69-77.

(3) الموافقات، ج1، ص36.

فرض الصلاة ضرورياً في الدّين لا يشك فيه إلا شاك في أصله مثلما اعتمد عليه النّاس على دلالة الإجماع لأنه «قطعي وقاطع لهذه الشواغب»[1]. ويقترب الشاطبي في هذا السياق ممّا بحث فيه الجويني سابقاً حينما استكشف شروط المتواتر ودورها في إفادة العلم القطعي والمعرفة البديهية حسيّة كانت أم عقليّة. ومن ضمنها العادة والعرف[2]. فأدرج مفهوم قرائن الأحوال باعتبارها جزءاً من الشروط التي تفيد اليقين والقطع وتحقق إثبات الأدلّة الشرعية وتأكيد الكلّيات عبر استقراء الجزئيات. والمعلوم أنّ مفهوم قرائن الأحوال هو عنصر من عناصر العادات الثابتة والمستقرّة في الوجود الإنساني مثلما بيّنه عدد لا يستهان به من الأصوليين في مقدمتهم الجويني والغزالي. فهو أحد الأدلّة العقلية التي تعكس مفهوم العادة في جريانها داخل الوجود الاجتماعي والكوني. وهي لا ترتبط بإثبات المعارف القطعية المؤسّسة للكليات فحسب[3]، بل بتأكيد أدلّة الأصول، ولاسيما الإجماع. ولا يكون ذلك في جعلها مفردة دليلاً من أدلّة القطع، بل في معاضدتها لأدلّة

---

(1) (م.ن)، ج1، ص36-37.

(2) راجع الفصل الثاني من الباب الثاني في العنصر الذي خصصناه للعرف وشروط التواتر.

(3) يذكر الشاطبي في المقدمة الثالثة من الجزء الأول للكتاب أن إفادة المتواتر للقطعي يتوقف على مقدمات غالبها ظنّي والموقوف على الظنّي لا بدّ أن يكون ظنيّاً لكن إذا اقترنت بها قرائن مشاهدة أو منقولة (أي قرائن الأحوال) فقد تفيد اليقين ومن ثمّ القطع. ج1، ص34. ويذكر في المقدّمة الثانية عشرة في بحثه عن الطرق الموصلة إلى المعرفة التامة والقاطعة، ومنها المعرفة القائمة على المشافهة، أن تحصيل العلم والفهم يتمّان أحياناً إمّا بأمر عاديّ من قرائن الأحوال، وإمّا بأمر غير معتاد يهبه الله، وفيها يؤكّد ما لقيمة العادات عبر وساطة قرائن الأحوال من أهمية في بناء معرفة قطعية لا ظنيّة. ج1، ص85. للمزيد راجع مقال وائل حلاق حول مفهوم قرائن الأحوال عند الأصوليين:

Wael B. Hallaq, "Notes on term QUARINA in Islamic Legal Discourse", Journal of the American Oriental Society, Vol. 108, No. 3 (Jul.-Sep.1988), pp.475-480.

أخرى. وهي لا تكفي في دلالتها على اليقين مثلما ذكر الشاطبي ذلك في ردّه على من يَعدّ الدلائل في أنفسها مفيدة للظن[1]؛ بل وجب ضمّها إلى أدلّة أخرى. ثمّ استقراؤها جميعاً والنّظر في مختلف الأدلة الكلّية والجزئية ليتحقق القطع وتنتظم المقاصد الثلاثة التي تعبّر عن كلّيات الشريعة القطعية[2].

كان المدخل إلى توظيف مفاهيم مثل قرائن الأحوال ومجاري العادات في بناء قطعية الأدّلة ومن ثمّ تأسيس كلّياتها حتى تكون إطاراً موحّداً للأحكام الفقهية ومقرّباً بينها هو مفهوم الاستقراء المعنوي الذي استثمره من اللحظة الثقافية الأندلسية، ولاسيما مع نقد ابن حزم لمنهج القياس الفقهي الأصولي التقليدي الذي أرساه الشافعي وثبّت مكانته الغزالي. وتبعاً لذلك قادت المنهجية المعرفية والأصوليّة الجديدة إلى اكتشاف مفهوم مقاصد الشريعة مدخلاً بديلاً لتراتبية الأدلّة الأصولية وفقاً لتصورها البياني.

2- العرف ومقاصد الشريعة:

كثيراً ما كان الشاطبي يردّد المسلمة الكلامية التي تبلورت مع عدد من الأصوليين والفقهاء قبله، وفي مقدّمتهم العز بن عبد السلام، المتمثلة في أنّ

---

(1) «ومن المعترفين بوجود من اعترف بأن الدلائل في أنفسها لا تفيد قطعاً، لكنّها إذا اقترنت بها قرائن مشاهدة أو منقولة، فقد تفيد اليقين». الموافقات، ج2، ص50.

(2) «ودليل ذلك استقراء الشريعة، والنظر في أدلتها الكلية والجزئية، وما انطوت عليه من هذه الأمور العامة على حد الاستقراء المعنوي الذي لا يثبت بدليل خاص، بل بأدلة مُضاف بعضها إلى بعض، مختلفة الأغراض، بحيث ينتظم من مجموعها أمر واحد تجتمع عليه تلك الأدلة، على حد ما ثبت عند العامة جود حاتم، وشجاعة علي رضي الله عنه، وما أشبه ذلك، فلم يعتمد الناس في إثبات قصد الشارع في هذه القواعد على دليل مخصوص، ولا على وجه مخصوص، بل حصل لهم ذلك من الظواهر والعمومات، والمطلقات والمقيدات، والجزئيات الخاصة، في أعيان مختلفة، ووقائع مختلفة، في كل باب من أبواب الفقه، وكل نوع من أنواعه، حتى ألفوا أدلة الشريعة كلها دائرة على الحفظ على تلك القواعد، هذا مع ما ينضاف إلى ذلك من قرائن أحوال منقولة وغير منقولة». (م.ن)، ج2، ص51.

القصد من وضع الشريعة هو رعاية مصالح العباد آجلاً وعاجلاً[1]، دون أن يتوسع فيها بالجدل النّظري التجريدي الكلامي الطويل والعميق[2]. ولتحقيق هذا المقصد طرح الشاطبي تصوراً قائماً على نظام متناسق أساسه تقسيم المقاصد إلى قسمين كبيرين هما: مقاصد الشارع ومقاصد المكلف[3]؛ إذْ رأى أن الأولى لا «حظ فيها للمكلّف، وهي الضروريات المعتبرة في كلّ ملّة لأنها قيام بمصالح عامّة مطلقة، وهي لا تختصّ بحال دون حال ولا بصورة دون صورة ولا بوقت دون وقت»[4]. أمّا الثانية فهي «التي روعي فيها حظّ المكلّف، ومن جهتها يحصل له مقتضى ما جبل عليه من نيل الشهوات والاستمتاع بالمباحات وسدّ الخلات لأنّ حكمة الحكيم الخبير حكمت أنّ قيام الدّين والدّنيا إنّما يصلح ويستمرّ بدواعٍ من قبل الإنسان تحمله على اكتساب ما يحتاج إليه هو وغيره»[5]. ثمّ فرّع مقاصد الشارع إلى مقاصد أصلية وأخرى تابعة لها[6]. ورسم ما بينها صلات متينة تتكامل فيما بينها من خلال ترتيب درجات المصالح.

وتتبدّى من خلال هذا التقسيم أنّ فكرة المقاصد أخذت تتبلور مشروعاً

---

(1) «إنّ وضع الشّرائع إنّما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً». (م.ن)، ج2، ص6.

(2) عياد، الحبيب، مقاصد الشريعة في كتاب الموافقات للشاطبي، ص69.

(3) «والمقاصد التي ينظر فيها قسمان: أحدهما يرجع إلى قصد الشارع، والآخر يرجع إلى قصد المكلف. فالأول يعتبر من جهة قصد الشارع في وضع الشريعة ابتداء، ومن جهة قصده في وضعها للإفهام، ومن جهة قصده في وضعها للتكليف بمقتضاها، ومن جهة قصده في دخول المكلف تحت حكمها». الموافقات، ج2، ص5.

(4) (م.ن)، ج2، ص176.

(5) (م.ن)، ج2، ص178.

(6) يفسّر عبد الله درّاز معنى قول الشاطبي: «قصد الشارع من وضع الشريعة ابتداء» بأن هذا القصد هو الأصلي الذي يحتل المرتبة الأولى أما سائر المقاصد الثلاثة الأخرى فهي تفصيل لها. راجع: الريسوني، أحمد، نظريّة المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص145.

أصوليّاً متكاملاً عبر تفريعها إلى مكوّنات مترابطة فيما بينها تجمع بين البعدَيْن الأخروي والدنيوي. لكنّ تحليلاً دقيقاً ومعمّقاً لمكونات هذين المقصدين وعناصرهما لا يمكن له أن يغفل في جميع الأحوال الدور الجوهري للعرف باعتباره مركزاً لكل مقصد منهما في نظرية الشاطبي.

2-1- العرف والمقاصد الأصليّة:

لئن ارتبط مفهوم المقصد الأصلي من الشريعة عند الشاطبي بتحقيق مصلحة العباد في الدّاريْن، فإنّ سائر المقاصد المتفرّعة عنه تعدّ تفصيلاً له. ولذلك تنزّلت منه منزلة المراتب الثانوية مقارنة بالأصلية[1]. وكان منهج الاستدلال على حجيتها غير مستند إلى التعليل الكلامي الذي اتبعه سائر الأصوليين قبله مثل المعتزلة والأشاعرة، بل باستقراء الأدلة والقرائن من النصّ المقدّس (القرآن) ذاته. وعلى الرغم من أنّنا لا نعثر على مفهوم دقيق وواضح للمصلحة، وبغض النّظر عن تشتت مفاهيمها بين ثنايا الكتاب فإنّ أبرز ما يمكن التوقف عنده هو تقسيمه للمصلحة إلى صنفيْن: دنيوية وأخرويّة[2]، وجعل الشرع المنزّه ضابطاً لها دون العقل البشري الذي ركبت فيه الأهواء والغرائز. وهذا التقسيم يثير جملة من الإشكاليات أوّلها معيار التمييز بين الدنيوي والأخروي.

2-1-1- العرف معياراً للتمييز بين مصالح الدنيا ومفاسدها:

إذا كان الغالب عند الشاطبي أن المصالح الأخروية محضة وغير ممتزجة بالمفاسد[3]، فإن ميزة المصالح الدنيوية الامتزاج بالمفاسد. وقد أوجد صاحب **(الموافقات)** معياراً مميزاً يتمثّل في النّظر إليها من جهتيْن: جهة مواقع الوجود، وجهة تعلّق الخطاب الشرعي بها. وفي هذا المستوى يمكن أن نقف معه عند العرف معياراً للتمييز بين المصالح الدنيوية ومفاسدها. فمن

---

(1) راجع شرح عبد الله درّاز في الهامش: الموافقات، ج2، ص5.
(2) الموافقات، ج1، ص32.
(3) (م.ن)، ج2، ص32-37.

الجهة الأولى لا يمكن أن تكون المصالح محضة بل تشوبها المفاسد. والبرهنة على ذلك تعريفه للمصالح تعريفاً عرفياً شائعاً عماده التجربة البشرية والخبرة العامة. فهي تعني لديه ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانيّة والعقليّة على الإطلاق حتى يكون منعّماً على الإطلاق»[1]. وبما أنّ الأمر كذلك فهو لا يكون في مجرّد الاعتياد (الدرجة الصفر من العادة في الوجود) إلا باقتران تلك المصالح بتكاليف ومشاق (جمع مشقة) مثل الأكل والشرب واللبس وغيرها من ضرورات الحياة التي لا ينالها المرء إلا بكدّ وتعب[2]. وكذلك الشأن في المفاسد التي قد تقترن بها المصالح في الوجود[3]؛ لأن العادة جرت ألا مفسدة تُفرض إلا ويقترن بها أو يسبقها أو يتبعها من الرّفق واللطف ونيل اللذات كثير[4]. وإنْ قدم الشاطبي حججاً نقلية من النصّ القرآني دعم بها رأيه النّظري في أنّ العادة تفرض هذا الامتزاج والاقتران فإنه توصل إلى استنتاج مفاده أن مصالح الدنيا ومفاسدها تفهم وفقاً للعرف الشائع[5]. ويتأسّس ترجيح أحدها على الآخر وقسمتها على مقتضى مجاري العادات[6].

ويحضر العرف أيضاً من الجهة الثانية المتصلة بتعلّق الخطاب بها شرعاً. فالمصلحة المقصودة من جهة الشرع هي الغالبة في حكم الاعتياد إذا ما

---

(1) (م.ن)، ج2، ص25.

(2) (م.ن).

(3) (م.ن).

(4) الموافقات، ج2، ص25.

(5) «فإذا كان كذلك فالمصالح والمفاسد الراجعة إلى الدنيا إنّما تفهم على مقتضى ما غلب، فإذا كان الغالب جهة المصلحة، فهي المصلحة المفهومة عرفاً، وإذا غلبت الجهة الأخرى فهي المفسدة المفهومة عرفاً». (م.ن)، ج2، ص26.

(6) «فإن رجحت المصلحة فمطلوب، ويقال فيه إنّه مصلحة. وإذا غلبت جهة المفسدة فمهروب عنه، ويقال: إنّه مفسدة - على ما جرت به العادات في مثله، فإن خرج عن مقتضى العادات فله نسبة أخرى وقسمة غير هذه القسمة». (م.ن).

ناظرناها بالمفسدة[1]. ويكون تحصيلها وفقاً للعادات الجارية في الدّنيا. وكذلك الشأن في المفسدة التي تكون العادة حاكمة عليها إذا غلبت، وطبقاً لذلك يُفهم مقصد الشرع من رفعها والنهي عنها[2]. وبهذا المعنى يلتقي المقصد الشرعي بشهادة العقل السليم في الحكم عليها بالرّفع في حدود ما يمكن أن توفره العادة. ويبيّن هذا الاستنتاج تحوّل العرف إلى معيار للموافقة بين الاعتبار الوجودي والاعتبار الشرعي في التمييز بين المصالح والمفاسد. فإذا كانت المصالح الشرعية مضبوطة بحسب مجاري العادات في الدّنيا وهي ما يشهد لها الشرع، فإنّ المفاسد مضبوطة حسبما يشهد له كلّ عقل سليم وهي المقصودة بالرّفع شرعاً. ويعبّر الشاطبي بوضوح عن مقصد الشارع من رفعها في حكم العادة في قوله: «فإن تبعتها مصلحة أو لذّة فليست المقصودة بالنّهي عن ذلك الفعل، بل المقصود ما غلب في المحلّ، وما سوى ذلك ملغى في مقتضى النّهي، كما كانت جهة المفسدة ملغاة في جهة الأمر»[3].

إنّ مجمل ما توصّل إليه الشاطبي في دراسته للمصالح والمفاسد هو امتزاجهما من حيث مجرى العادات في الوجود. غير أنّه لا يساير أولئك الذين يجعلون مصالح الدنيا في العادة مصالح الشارع بإطلاق. فالإيمان وما فيه من كسر النفس من إطلاقها وقطعها عن نيل أغراضها مأمور به في الشرع لا منهي عنه، والكفر الذي يقتضي عكس الإيمان إطلاق النّفس من التكليف والتمتّع بالشهوات من غير خوف منهي عنه شرعاً لا مأمور به[4]. وهو لا يساير كذلك أولئك الذين لا يرون المصلحة إلا ما شهد به الشرع فحسب، فيؤول الأمر إلى تكليف العبد بما لا يطاق[5]. وبهذا المعنى يرى صاحب

---

(1) (م.ن).
(2) (م.ن)، ج2، ص27.
(3) (م.ن).
(4) الموافقات، ج2، ص27.
(5) (م.ن)، ج2، ص28.

(**الموافقات**) أن الشرع يؤيّد الحدود العرفيّة للمصالح والمفاسد ويعترف بها. ويعتقد في تجاهلها تقليصاً لقابلية تطبيق الأوامر الشرعية في الواقع. ومن ثمّ يكمن دور الشرع في وضع حدود لذاك الامتزاج. فيكون حاكماً على معيار العادة في التمييز وينصرف ذلك إليها عبر استقراء جزئيات نصوصه[1].

وتثير مشكلة الامتزاج في مواضع الوجود بحكم مجرى العادات صعوبة في التوفيق بين الحدود التي ترسمها العادة ونظيرتها في الشرع. وقد استطاع الشاطبي أن يصطنع تمييزاً بينهما انطلاقاً من مفهومين أصوليّيْن/ كلاميّيْن هما القصد التكويني للمصلحة والقصد الشرعي لها. ففي القصد الأول الذي ينسبه إلى الفلاسفة يرى أن الخلق بطبعه ممتزج بين الخير والشرّ، وأن غاية خلقه هي الخير على الرغم من الامتزاج بالشر. وبناء عليه فإنّ المنفعة قد تصطحبها مضار عارضة مثل الطبيب الذي يسقي المريض الدّواء المرّ البشع المكروه من أجل شفائه وراحته، وكذلك الإيلام بالفصد والحجامة وقطع العضو المتآكل لجلب الراحة ودفع المضار[2]. أما القصد الثاني فغايته جلب المصالحة بإطلاق في الدنيا والآخرة وإن تضمّن مشاقّ هي التكاليف التي يقضي بها الخالق ويلزم بها البشر. ويوضح الشاطبي القصد الشرعي في الدنيا بما يجعلها موافقة للقصد التكويني في قوله: «إنّ الشارع -مع قصده التشريع لأجل المصلحة- لا يقصد وجه المفسدة، مع أنّها لازمة للمصلحة، وهو أيضاً مشير إلى مذاهب المعتزلة القائلين بأنّ الشرور والمفاسد غير مقصودة الوقوع»[3].

وعلى هذا المنوال فإنّ المصلحة الشرعية هي التي تكون موافقة لمقتضى

---

(1) «لمّا تقدّم من أنّ المصالح والمفاسد غير متمحضة، فلا بدّ من إيقاع الفعل أو عدم إيقاعه من توارد الأمر والنّهي معاً، فقد قيل له افعل ولا تفعل، لفعل واحد، أي من وجه واحد في الوقوع، وهو عين تكليف ما لا يطاق». (م.ن).

(2) (م.ن)، ج2، ص29-30.

(3) الموافقات، ج2، ص29.

العادات الجاريّة دون أن تكون جارية وفق الأهواء. وهي مرتبطة بالإطلاق في قوله: «لكنّ الشارع قاصد بها أن تكون مصالح على الإطلاق، فلا بد أن يكون وضعها على ذلك الوجه أبدياً وكلياً وعاماً في جميع أنواع التكليف والمكلفين من جميع الأحوال»[1]. وطبقاً لذلك تظلّ المصالح والمفاسد الدنيوية الراجعة إلى جهة الوجود إضافية لا حقيقية؛ أي نسبية غير مطلقة.

ولئن بدا لنا تحوّل العادة من معيار للتمييز بين المفاسد والمصالح من جهة إلى معيار للموافقة بين الشرعي والوجودي من جهة أخرى، فإنّ اعتبار المنافع والمضار إضافية لا حقيقية يقدّم لنا صورة أخرى للعادة التي ترتبط بالنسبي المتغيّر لا المطلق الدائم. فالشاطبي يقصد بالإضافية تغير المنافع والمضار بتغير الأحوال والناس والأزمنة[2]. وهو ما يجعل للعادة (العرف) دوراً ثانوياً في التشريع مثلها مثل العقل، فهما أداتان لفهم الشرع، وليسا مصدريْن بدلاً منه. ففي سياق حديثه عن الشريعة ضابطاً من ضوابط تحديد مقياس المصلحة في الدّنيا يردّ على من كان يرى أنّها تعرف بالضرورات والتجارب والعادات والظنون المعتبرات[3]. ويتعرض بالحديث عن «أهل الفترة» عندما يبيّن انحرافهم وخروجهم عن مقتضى العدل في الأحكام، ويخلص إلى أنّ الشرع هو الذي يقيم أمر الدّنيا والآخرة معاً. وإن كان قصده بإقامة الدنيا للآخرة فليس بخارج عن كونه قاصداً إقامة مصالح الدّنيا عن طريق الآخرة. ثمّ يحدّد دور العادة ومعناها في أنّها تحيل استقلال العقول في

---

(1) (م.ن)، ج2، ص37.

(2) «أنّ المنافع والمضار عامتها أن تكون إضافية لا حقيقية، ومعنى كونها إضافية أنها منافع أو مضار في حال دون حال، وبالنسبة إلى شخص دون شخص، أو وقت دون وقت». (م.ن)، ج2، ص39.

(3) هو ردّ على العز بن عبد السلام الذي يجيز للعقل أن يكون مصدر معرفة المصالح الدنيوية. راجع: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، ص10. والشاطبي، الموافقات، ج2، ص48.

الدنيا بإدراك مصالحها ومفاسدها على التفصيل[1]. وبهذا المعنى تضبط العادة ما لم يرد به نص أو ما ورد على سبيل الإجمال والتعميم.

وإجمالاً، يمكن القول إنّ العادة لا ترتقي لديه إلى المصدر الفقهي والشرعي الرئيسي والمباشر بل يقتصر دورها على ضبط تفاصيل ما ورد به الشرع وتندرج ضمن أدوات تحليل العقل باعتباره أداة لمعرفة الشرع لا غير.

ويتلخص ممّا سبق أنّ ضوابط المصلحة الدنيوية لا تخرج عن ثلاثة، فهي: إما عقلية وإمّا عرفية وإمّا شرعية. ومنها يتأكّد لنا حرص الشاطبي على تشييد مقياس محقق لأقصى درجات الموسوعية والموضوعية لتأكيد قطعيّة مقاصد الشريعة وإطلاقها بالمقدار الذي ينأى فيه عن الذاتية النّاجمة عنها الاختلاف والشّقاق. ولذلك صنّف المصلحة إلى مراتب لم يكن العرف فيها مستبعداً عن طرق انتظامها ووجوه العلاقة بينها.

2-1-2- العرف وترتيب المصالح:

قسّم الشاطبي مراتب المصلحة إلى مقاصد ثلاثة: هي الضرورية والحاجيّة والتحسينيّة. فالأولى لا بدّ منها في قيام مصالح الدّين والدّنيا. وإذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنّعيم[2]. ومجموع الضروريات خمس هي: حفظ الدّين والنفس والنّسل والمال والعقل[3]. أمّا الحاجيّات «فمعناها أنّها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضّيق المؤدّي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب»[4]. والتحسينيّات معناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنّب الأحوال المدنّسات التي تأنفها العقول الرّاجحات. ويجمع

(1) الموافقات، ج2، ص48.
(2) (م.ن)، ج2، ص8.
(3) (م.ن)، ج2، ص10.
(4) (م.ن).

ذلك قسم مكارم الأخلاق[1]. وهذه المصالح الثلاث جارية في مجال العبادات والعادات والمعاملات.

ولئن فصّل الشاطبي هذه المراتب ووضحها بأمثلة وأضاف إليها مكملاتها ومتمماتها من غير إخلال بحكمة كل مرتبة مثل التماثل في القصاص في الضروريات الذي لا تدعوه الضرورة، واعتبار الكفء ومهر المثل في الحاجيات، وآداب الأحداث ومندوبات الطهارات في التحسينات[2]، فقد أخضعها إلى تراتبية دقيقة ومفصّلة تنتظم داخلها المصالح بحسب الأهمية[3]. وقد حلّل صاحب **(الموافقات)** هذه العلاقات بدقة متناهيّة في المسألة الرابعة من النوع الأول المتعلّق بمقاصد الشارع[4]. غير أن الإشكال في مقامنا هذا مقتصر على تبيّن موقع العادة/العرف ضمن تلك المراتب وصلاته بها. ففي مستوى الضروريات وباعتبار اشتمالها على مجالَي العادات والمعاملات فإنّ هدفها في المجال الأوّل حفظ النّفس والعقل وما يقتضيه من ممارسة العادات الضرورية في الحياة اليومية للإنسان مثل الأكل والشرب واللبس والمسكن وما يشبهها. أمّا في المجال الثاني (وهو المعاملات) فإنّ مقصدها يتسع، إضافة إلى حفظ النّفس والعقل، إلى حفظ النّسل والمال، وتكون العادات مندمجة فيها عاملاً من عوامل حفظ تلك المصالح بها. وأهم أركانها الفاعلة في ذاك

---

(1) (م.ن)، ج2، ص11.

(2) (م.ن)، ج2، ص12-13.

(3) يرتّب الشاطبي العلاقة بين مراتب المصالح على هذه الأسس:
- الضروري أصل لما سواه من الحاجي والتكميلي.
- اختلال الضّروري يلزم عنه اختلال الباقين بإطلاق.
- لا يلزم من اختلال الباقين اختلال الضّروري.
- قد يلزم من اختلال التحسيني بإطلاق أو الحاجي بإطلاق اختلال الضّروري بوجه ما.
- ينبغي المحافظة على الحاجي وعلى التحسيني للضّروري. الموافقات، ج2، ص16.

(4) (م.ن)، ج2، ص19-24.

الحفظ الأمر بالمعروف والنّهي عن المنكر مبدأ محققاً لاستمرار بقاء المجتمع والحفاظ عليه من الاندثار والفناء[1]، ولا يخفي في ذاك المبدأ الدلالة الأخلاقية والاجتماعية الموسّعة للعرف فيه[2].

أمّا في مستوى الحاجيّات فإنّ قيمة اعتبار العرف تكمن في ما حدّده الشاطبي من اختصاصها برفع الحرج وتخفيف المشقة في توسيع مجال العادات ليشمل أصنافاً جديدة منها لا تتعارض مع مقاصد الشرع المستقرأة من جزئيات النّصوص مثل إباحة الصيد والتمتع بما هو محلل من الطّيبات كالمأكل والمشرب والملبس وسائر حاجات الإنسان في العيش. ويشتمل كذلك على توسعة في المعاملات مثل: الأخذ بأعراف السّلم والقراض والمساقاة وإلغاء التوابع في العقد على المتبوعات كثمرة الشجر ومال العبد. مثلما يشتمل على مجال الجنايات كالحكم باللّوث والتدمية وضرب الدّية على العاقلة وتضمين الصناع وما أشبه ذلك[3].

وفيما يتعلّق بالمستوى الثالث المتعلق بالتحسينات فهو الأكثر ارتباطاً بالعرف باعتبار أنّه يتلخّص صراحة في الأخذ بما يليق من محاسن العادات مثل آداب الأكل والشرب ومجانبة المآكل النجسات والمشارب المستخبثات والإسراف والإقتار في المتناولات، وفي المعاملات كالمنع من بيع النجاسات، وفضل الماء والكلأ وسلب العبد منصب الشهادة والإمامة وسلب المرأة منصب الإمامة وإنكاح نفسها، وطلب العتق وتوابعه من الكتابة والتدبير. أما في الجنايات فيلوح حضور العرف بارزاً في منع قتل الحرّ بالعبد[4].

---

(1) (م.ن)، ج2، ص10.

(2) أشرنا إلى تلك الدلالة الموسّعة في الباب الأول في الفصل الثاني الذي خصصناه للحد اللغوي والاصطلاحي، للتوسع انظر ما كتبه مايكل كوك: «الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر»، مرجع مذكور سابقاً.

(3) الموافقات، ج2، ص11.

(4) (م.ن).

وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ الشاطبي إن رتّب هذه الأركان بشكل محكم ونظّم العلاقات بينها بطريقة متماسكة بجعل كل ركن من أركانها يختلّ إذا اختلّ أحدها، فقد أشار في البيان الرّابع إلى أنّ مراتب المصالح «لما كانت مختلفة في تأكيد الاعتبار وكان بعضها مرتبطاً ببعض، كان في إبطال الأخفّ جرأة على ما هو آكد منه ومدخل للإخلال به فصار الأخفّ جرأة على ما هو آكد منه ومدخلاً للإخلال به، فصار الأخفّ كأنه حمى للآكد والرّاتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه، فالمخلّ بما هو مكمّل كالمخلّ بالمكمّل من هذا الوجه»[1]. كلّ ذلك يختزله الشاطبي في تأكيد نتيجة توصّل إليها، وهي أنّه ينبغي المحافظة على الحاجي والتحسيني للضّروري. وبما أنّ موقع العرف أكبر مساحة في المرتبتين التاليتين (أي الحاجّي والتحسيني) فمن الطبيعي أن يكون الضروري قائماً عليهما، وهذا ما نرصده في الاستتباع المنطقي الذي بنى عليه تلك القاعدة. فمجموع الحاجيات والتحسينات «ينتهض أن يكون كلّ منها كفرد من الضّروريات لأنّ كمال الضّروريات يحسن موقعه حينما يكون المكلّف في سعة وبسطة من غير تضييق ولا حرج، حيث يبقى معها خصال معاني العادات ومكارم الأخلاق موفّرة الفصول، مكملة الأطراف حتى يستحسن ذلك أهل العقول، فإذا أخلّ بذلك لبس قسم الضروريات لبسة الحرج والعنت، واتصف بضدّ ما يستحسن في العادات»[2].

وهكذا، إذا كان الإخلال بمحاسن العادات وخصال معانيها وما تستحسنه العقول مؤدّياً في الغالب -وبوجه ما- إلى الإخلال بالضروريات[3]، فإنّنا ننتبه أيضاً إلى أنّ الإخلال بالضروريات إخلال بمحاسن العادات كذلك. وهو الأصل الذي انطلق منه الشاطبي في قاعدة «الضروري أصل لما سواه».

---

(1) (م.ن)، ج2، ص21.

(2) (م.ن)، ج2، ص23.

(3) «وقد يلزم من اختلال الحاجي بإطلاق اختلال الضّروري بوجه ما». (م.ن)، ج2، ص16.

وينبني هذا التلازم على اعتبار غاية الضّروريات حفظ المقاصد الخمسة (الدّين، النّفس، النّسل، المال، والعقل). وإذا كان الدّين هو المقدّم في الحفظ وله أولوية الاعتبار فإنّ حفظ النّفس والنّسل ضروريان لعادة البقاء. وكذا الشأن في حفظ المال الذي لا يستقيم به عيش ودونه لا يضمن الإنسان بقاءه. وفي هذا المستوى نلحظ الخروج عن الدلالة الاجتماعية للعرف إلى الدلالة الكونية المتصلة بالخلق. فينجم عن ذلك أن حفظ العادة الكونية (الوجود) هو ضرورة تمرّ عبر حفظ النّفس والنّسل والمال. وإذا ثبت هذا فإنّ الأمور الحاجية والتحسينية حائمة حول هذا الحمى[1].

إنّ تصنيف المصالح وفقاً لمراتب ثلاث يتقاطع في حدّ ذاته مع المجالات الثلاثة لهذه المصالح وهي: العبادات والعادات والمعاملات. وإنْ حافظ الشاطبي على التصور الأشعري القديم في أنّ العبادات شأن أخروي لا يمكن تعليله البتة، فإنّ العادات والمعاملات هي من الشؤون الدنيا هدفها تحقيق المصالح العاجلة فيها. وعلى ذلك يمكن إخضاعها لبرهنة العقل وتعليله وقياسه[2]. وعلى الرغم من هذا التصور تظلّ الحدود الفاصلة بينهما غائمة وغير قائمة بشكل قاطع ونهائي. بل نجد في مفهوم التعبّد الموسّع نحو المجالات غير التعبديّة ما يجعل الصلات قائمة ومستمرة ومدارها الامتثال لحكم الشريعة. فحكمة التعبّد العامة هي الانقياد لأوامر الله تعالى، وإفراده بالخضوع، والتعظيم لجلاله والتوجّه إليه[3]. أما العادات -على الرغم من أنّ الغالب عليها الالتفات إلى المعنى (التعليل)- فإنّه إذا وجد فيها التعبّد فلا بدّ من التسليم والوقوف مع المنصوص كطلب الصداق في النكاح والذّبح في المحلّ المخصوص في الحيوان المأكول والفروض المقدّرة في المواريث،

(1) (م.ن)، ج2، ص17.
(2) «الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلّف التعبّد، دون الالتفات إلى المعاني، وأصل العادات الالتفات إلى المعاني». (م.ن)، ج2، ص300.
(3) (م.ن)، ج2، ص301.

وعدد الأشهر في العدد الطلاقيّة والوفوية، وما أشبه ذلك من الأمور التي لا مجال للعقول في فهم مصالحها الجزئيّة، حتى تقاس عليها غيرها[1].

وفي هذا المعنى وداخل السياق النّظري لتفكير الشاطبي نتبيّن الامتداد النّظري للفكر الأشعري متمثلاً في التمييز بين العبادات والعادات والمعاملات. وهو ركيزة التمييز النّظري/الكلامي بين حقوق الله وحقوق العباد[2]. ولكن بتوسعة مفهوم التعبّد تندمج العادات والمعاملات ضمن باب التعبّد ذاته[3]. وتغدو القسمة ثلاثيّةً هي: حقوق الله الخالصة وحقوق العباد والحقوق المشتركة بينهما[4].

ويبدو جليّاً أنّ مسار دمج العبادات والعادات ضمن مفهوم التعبّد كان ثمرة لجهود سابقة حاولت البحث عن معانٍ تعبّدية في غير العبادات[5]. إلا أنّ الشاطبي كان يواجه تيّارين متعارضين في هذه الإشكاليّة هما: المتصوفة ممن كانوا يوسّعون من هذا المعنى إلى غير المنصوص عليه، والفقهاء المفرطون في استعمال القياس والمتذرّعون بالحيل عبر توسيع مقولات التعليل الفقهية ومن شابههم. وكان في ذلك يحاول المواءمة بين الامتثال للنص الشرعي دون قيد أو شرط واعتبار المصلحة قياساً عبر مراعاة العادات وإجازة ما استثني من النصّ في المعاملات.

---

(1) (م.ن)، ج2، ص308.

(2) «وأصل العبادات راجعة إلى حقّ الله، وأصل العادات راجعة إلى حقوق العباد». (م.ن)، ج2، ص600.

(3) «ومن هنا يقول العلماء: إنّ من التكاليف ما هو حق لله خاصّة وهو راجع إلى التعبّد، وما هو حقّ للعبد ويقولون في الثاني: إنّ فيه حقاً لله». (م.ن)، ج2، ص315.

(4) (م.ن)، ج2، ص318-320.

(5) برز هذا الجهد في التيار الذي قاده المهدي بن تومرت وضمن كتابه المعروف بـ «أعزّ ما يطلب» حين كان يريد البحث عن معانٍ تعبّدية في غير العبادات مثلما ظهر مع ابن رشد في مقدمة كتابه (بداية المجتهد)، وفي الوقت ذاته كان الشاطبي يردّ على النظرية التي تبنّاها كلّ من ابن عبد السلام والقرافي في فصل التعبّد عن مجالات المصلحة. راجع: قواعد الأحكام، ج1، ص58. والفروق، ج1، ص225.

يحملنا منوال الشاطبي في ترتيب المصالح وضبط الصلات بينها على كشف الرؤية الكلامية الثاوية من ورائه وأهمّها التصور الأشعري الذي يقوم على الربط المحكم بين قانون العادة وقانون الخطاب الإلهي في الشريعة، وعلى التوفيق بين العقل والنقل مع أولوية الثاني على الأوّل. ولذلك لا مجال لتصور المصلحة خارج نطاق المقصد الأمثل للشريعة. وهو أن يوافق مقصد المكلّف مقصد الشارع. وذاك هو جوهر التعبّد.

2-2- العرف والمقاصد الفرعية:

لتحقيق المقصد الأصلي للشريعة القائم على إثبات قيام الشريعة على حفظ مصالح العباد في العاجل والآجل ينبغي أن تتوافر مقاصد تبعية تدعمها وتيسّر بلوغها. وفي هذا المستوى يذكر الشاطبي ثلاثة مقاصد تبعية داعمة ومفصّلة. وهي قصد الشارع من وضع الشريعة للإفهام، وقصد الشارع من وضع الشريعة للتكليف، وقصد الشارع من وضع الشريعة للامتثال.

يمثّل المقصد الفرعي الأوّل الأكثر ارتباطاً بإشكاليّات العرف القولي مثلما بيّناه سابقاً في كيفية تعامل الأصوليين مع دلالات الخطاب الشرعي العرفية. إلا أنّ ميزة الشاطبي في تناوله هذه الإشكاليّة تكمن في هاجس الردّ على استفحال تيار العرفان الشيعي والصوفي في الثقافة الإسلاميّة وإباحتهم استرسال تأويل ألفاظ البيان القرآني وإطلاقها بما لا تحتمله لغة العرب ولا يسعه لسانها. وحتى يبرهن على ذلك قام الشاطبي بخطوات منهجية انطلق فيها من مسلمات أصولية ونظرية مثلت قواعد عامة ومنطلقات ضرورية هي:

أولاً: أنّ القرآن نزل بلسان العرب على الجملة. وطلب فهمه إنّما يكون من هذه الطّريق خاصّة[1]. ومعنى ذلك أنّه نزل على لسان معهود العرب في ألفاظها الخاصّة وأساليب معانيها[2].

---

(1) الموافقات، ج2، ص64.

(2) (م.ن)، ج2، ص65.

ثانياً: أنّ الشريعة أرسلت إلى جميع النّاس؛ إذ يؤكّد الشاطبي مفهوم أميّة أهلها[1]. ويعني ذلك أنّها صيغت بحسب إدراكهم للمعاني حتى تظلّ قابلة للفهم. ويركّز في هذا المستوى على مفهوم «العهد». فإن لم تكن أميّة؛ أي منسوبة إلى الأمّيين، لزم ألّا تكون على غير ما عهدوا[2]. ويقتضي شرط العهد نتيجتيْن: قابلية الفهم من جهة، وإمكانية الإعجاز من حيث العجز عن مماثلته من جهة أخرى[3].

ولئن كانت النتيجة الثانية ألصق بالمسائل الكلامية في إثبات إعجاز القرآن، فإنّ الأولى أقرب إلى إثارة القضايا الأصولية المتصلة بتعاقد هذا المقصد مع مفهوم المصلحة، ولا يغيب عنها طرح قضايا تتصل بالعرف ومدى إسهامه في تحقيق ذاك التعاقد. ويبرز ذلك من خلال استعماله مفهوم «الأمة الأميّة» المنطوي على وراثة بعض الأعراف السلفية (Les coutumes ancestrales)[4] طالما كانت تتضمّن بعض وجوه المصلحة القائمة. ففي فصل علوم العرب التي تمثل امتداداً لطبيعة ثقافتهم الأميّة يذكر جملة من علومهم التي نشأت في جدل مع أعرافهم في المعارف وتعاملت معها الشريعة بمنطق تصحيح بعض أجزائها بالزيادة عليها وإبطال الباطل منها والإبقاء على نافعها. ومنها ما يتعلق بمكارم الأخلاق، وقد صنفها إلى صنفيْن: ما كان مألوفاً وقريباً من المعقول المقبول، وما وقع إتمامه وإضافته إليها. فالأول هو الذي خوطب به الأميون في ابتداء الإسلام. وأهمها أحكام الجاهلية الباقية مثل القراض وتقدير الدية وضرب العاقلة وإلحاق الولد بالقافة، والوقوف بالمشعر الحرام، والحكم في الخنثى، وتوريث الولد للذكر مثل حظ الأنثييْن والقسامة[5].

---

(1) (م.ن)، ج2، ص69.

(2) (م.ن)، ج2، ص70.

(3) (م.ن)، ج2، ص71.

(4) Edmond Ortigues, Religions du Livre, Religions de la Coutume, p.8.

(5) الموافقات، ج2، ص78.

والثاني مخاطبتهم بدلائل التوحيد التي عرفوها وظلّت راسخة مع ثقافة الشّرك وقوّمها الإسلام إثر ذلك[1]. وطبقاً لذلك فإنّ جزءاً من مفهوم الأميّة يكمن في استعمال العرف في مفهومه اللساني والدلالي الواسع في خطاب الشريعة إلى العرب. ويظهر مسعى الشاطبي الخفي من وراء ذلك إبراز فكرة قدرة الشريعة على مواكبة العادات الجارية والأعراف القائمة. فعلى الرغم من اعترافه بأصول تلك المكتسبات العرفية الجاهليّة الوثنية فإنّه أبرز في ذاك التحليل قدرة الشريعة على التعامل معها واستعمالها بالشكل الذي سمح باستيعاب الخطاب القرآني ذاته انطلاقاً مما هو معهود ومألوف. ولا تبدو غاية الشاطبي من شرح هذا المفهوم تقديم درس في التاريخ؛ بل اتخاذه نموذجاً يقرّ مبدأ تعامل الشريعة أو الشرائع مع إرثها السابق والإيحاء بدرس أهم، ألا وهو كيفية تحويل المبادئ النّظرية المستخلصة من درس التاريخ إلى أحكام عملية ملموسة. وكأنّه أراد القول: إذا كان موقف الرّسول من ثقافة مجتمعه وأعرافه قد اتسم بذاك الميسم الإيجابي فمن واجب ورثته الاقتداء به ومحاكاة نموذج برهن على قدرة الشريعة على مواكبة الأعراف والعادات[2].

ومثلما تحقق مقصد الإفهام عبر مفهوم الأمية في وراثة المكتسبات الثقافية العرفيّة التي عهدها العرب قديماً، ومثلت منطلقاً لاستيعاب التشريع القرآني، فإنّ ما عهدوه من عادات لغوية وبلاغية متداولة فيما بينهم كانت أيضاً ركناً أساسياً لمطابقة الشريعة للغة العرب التي استوجبت ذلك «العهد»[3]. ومن ثم غدت شرطاً ضرورياً يحقق ذاك المقصد.

---

(1) «ولما كان الباقي عندهم من شرائع الأنبياء شيء من شريعة إبراهيم عليه السلام أبيهم، خوطبوا من تلك الجهة ودعوا إليها، وأن ما جاء به محمد ﷺ هي تلك بعينها: كقوله تعالى: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ هُوَ سَمَّىٰكُمُ ٱلْمُسْلِمِينَ مِن قَبْلُ﴾ [الحج: 78]». (م.ن).

(2) Ayman Shabana, Custom In Islamic Law and Legal Theory , p.136.

(3) «منها: أنه لا بد في فهم الشريعة من اتباع معهود الأميين، وهم العرب الذين نزل =

وفي السياق ذاته يثير الشاطبي جملة من قضايا اللغة المتصلة بالدّلالة التي شهدت اختلافات جمة بين الأجيال السابقة. ولئن ذكّر بالمواقف الأصولية السابقة المتعلقة بضرورة الحرص على إخضاع الكلام لقوانين مطّردة وضوابط مستمرّة، وتمييز دلالته بين المنظوم والمنثور ومناسبة اللفظ للقصد، فإنّه أشار إلى قضايا ذات صلة بالدلالة العرفية. وأبرزها المعاني المشتركة التي تعدّ أهم مسلك من مسالك الإفهام. فالقرآن منزّلٌ على سبعة أحرف وتشترك فيه اللغات لتفهمه قبائل العرب. وما يصحّ في الأفهام والفهم هو أن «يكون الخطاب عامّاً لجميع العرب فلا يتكلّفون فيه فوق ما يقدرون عليه بحسب الألفاظ والمعاني. لأنّ الناس ليسوا على وزان واحد ولا متقارب. إلا أنهم يتقاربون في الأمور الجمهورّية وما والاها. وعلى ذلك جرت مصالحهم في الدّنيا»[1]. ويفسّر الشاطبي هذا القول بأنّ التعمّق في الكلام والأعمال مشروط بعدم الإخلال بمقاصدها. ولهذا فهو يحترز من أولئك الذين يقصدون أمراً خاصاً لأناس خاصة مثل الكنايات الغامضة والرّموز البعيدة التي تخفى عن الجمهور وعمّا هو معهود[2]. وبهذا المنطق فإن المعاني المشتركة في العادة الجارية (تلك التي تتخذ دلالتها مما هو متداول) هي القاسم المشترك بين جميع النّاس في فهم القرآن وبناء التكاليف عليها[3].

= القرآن بلسانهم، فإن كان للعرب في لسانهم عرف مستمر، فلا يصح العدول عنه في فهم الشريعة، وإن لم يكن ثم عرف، فلا يصح أن يجرى في فهمها على ما لا تعرفه، وهذا جارٍ في المعاني والألفاظ والأساليب. مثال ذلك أن معهود العرب أن لا ترى الألفاظ تعبداً عند محافظتها على المعاني، وإن كانت تراعيها أيضاً، فليس أحد الأمرين عندها بملتزم، بل قد تبني على أحدهما مرة، وعلى الآخر أخرى، ولا يكون ذلك قادحاً في صحة كلامها واستقامته». الموافقات، ج2، ص82.

(1) (م.ن)، ج2، ص85.

(2) (م.ن).

(3) «فمقتضاه من التكليف لا يخرج عن هذا النمط، لأن الضعيف ليس كالقوي، ولا =

وعلى الرغم من أنّ الخلفية الإيديولوجية للشاطبي من وراء دعم فكرة أمية القرآن وضبط أسلوب الفهم البياني للقرآن كانت تهدف مباشرة إلى تقويض ادّعاءات التيارات الباطنيّة الشيعية على وجه الخصوص -تلك التي كانت تتخذ من المعرفة الغنوصية العرفانية أداة لتفسير الوحي وشطره إلى ظاهر وباطن وجعل الرمز وسيلة للتأويل بدل البيان[1]- فإنّ ميزة الشاطبي في قراءته لمقصد الإفهام كانت تظهر في محاولة تجاوز عوائق القراءة البيانية ذاتها وطريقة فهمها للنصّ عبر تجاوز المعنى الإفرادي لآيات القرآن إلى المعنى التركيبي الذي ينبني عليه أصل التكليف. ومن ثمّ يقع تحاشي غرائب المعاني التي تجعل الفهم مستغلقاً بما لم يفهم عن مقاصد العرب[2]. وفي هذا المستوى بالذات يقبل الشاطبي أن تكون التكاليف الاعتقادية والعمليّة مما يَسَع الأمّي تعقّلها، ليسعه الدخول تحت حكمها[3].

ولئن انجلى لنا موقف الشاطبي واضحاً في رفضه المطلق لطريقة التأويل الباطنيّ للقرآن من خلال استحضار مفهوم أميّة القرآن الذي يراعي مبدأ معهود العرب في الخطاب وعادتهم فإنّ ذلك لم يكن يعني البتّة انغلاقاً على مبدأ التأويل الباطني الذي عرفه تيار المتصوفة في عصره. بل إنّ الرجل أبدى مرونة نحوهم فحاول إضفاء المشروعيّة عليهم حتى وإن كان مناقضاً للمنطلقات التي أصّلها[4]. ويتبدّى لنا ذلك في موقفه من مفهوم الباطن وفي التعديلات التي أجراها عليه لينسجم مع رؤيته أولاً. وهي الرؤية المتجسّدة في جعل سبيل

= الصغير كالكبير، ولا الأنثى كالذكر، بل كل له حدّ ينتهي إليه في العبارة الجارية، فأخذوا بما يشترك الجمهور في القدرة عليه». (م.ن)، ج2، ص85.

(1) انظر فصل: «الظاهر والباطن: الحقيقة بين التأويل والشطح» للجابري، بنية العقل العربي، ص271- 291.

(2) الموافقات، ج2، ص87-88.

(3) (م.ن)، ج2، ص88.

(4) ابن الطّيب، محمّد، فقه التصوّف: بحث في المقاربة الأصوليّة الفقهيّة عند أبي إسحاق الشاطبي، دار الطليعة، بيروت، ط1، 2010م، ص50.

الوصول إلى باطن القرآن التدبّر المترادف مع مفهوم القصد[1]، ومواءمة الرؤية البيانية السنيّة عبر الحرص على ضرورة الالتزام بمبادئ اللغة العربية وطريقها في الإفهام شرطاً. ومن ثمّ يغدو الظاهر طريقاً لفهم الباطن (وهو مراد الله من خطابه ومقصده من ورائه). ويصبح الوقوف عند قوانين اللّغة شرطاً ضرورياً لذلك وأداة لا غنى عنها لاستكناه مقاصد القرآن كي تمكّن الفقيه المتدبّر من الإحاطة بالنصّ جملة وتفصيلاً وتحليل أسراره تحليلاً صائباً وموفقاً[2].

ويظهر من خلال هذا الموقف الذي يضع شروطاً صارمة للتأويل واستكناه باطن القرآن تأصيلاً للنسق البياني السنّي التقليدي من جهة، ومحاولة للحدّ من المدّ التأويلي الذي بلغ أقصى غاياته في عصره من جهة أخرى. وهو يجسّد في ذلك امتداداً لجهود الغزالي في احتواء التيار الصوفي ومواقف ابن تيميّة في مواجهة موجات التأويل الشيعي[3]. ومع ذلك، تظلّ ميزة الشاطبي الكبرى دمج مفهوم التأويل ضمن قراءة أساسها المقصد الشرعي الذي يمثّل مفهوم الأمّية أهم شروطه.

وفي ارتباط بمسألة الإفهام التي تقتضي ضرورة تعقّل الأميّ/المكلف لتلك التكاليف يفتح الشاطبي الباب لمقصد فرعي ثانٍ مكمّل لمقصد الشارع من وضع الشريعة. وهو مقصده من وضعها للتكليف بمقتضاها. وتتضمن جملة من مسائل خاض فيها الأصوليون قديماً، واختلفوا في تقييمها وضبطها. ومنطلق الشاطبي أن هذا القصد يهدف إلى التزام المكلَّف بأوامرها وإخراجه عن اتباع هواه حتى يكون عبداً لله[4]. وهذا ما اقتضى طرح قضية

---

(1) «فالتدبّر إنما يكون لمن التفت إلى المقاصد، وذلك ظاهر في أنّهم أعرضوا عن مقاصد القرآن فلم يحصل منهم تدبّر». الموافقات، ج3، ص383.

(2) أبو زيد، نصر حامد، مفهوم النصّ: دراسة في علوم القرآن، المركز الثقافي العربي، بيروت، ط4، 1998م، ص236 وما بعدها.

(3) ابن الطّيب، فقه التصوّف، ص53-54.

(4) الموافقات، ج2، ص153.

«المشقة» و«القدرة» على التكليف. وفيها يظهر جليّاً اتجاه الشاطبي إلى إيجاد طريق وسط يوفّق بينهما ويحقق التوازن بين مقصد الشريعة من جهة ومقصد المكلّف من جهة أخرى[1].

وفي مستهل قراءته للمسألة يتخذ الشاطبي من العرف والعادة الجارية والتجربة المشتركة معياراً إلى جانب معيار النقل (القرآن والحديث) لتحديد المفاهيم الفقهية مثل التكليف والمشقة والقدرة. ويعتمد في البداية على ما تقتضيه اللغة في فعل التكليف من مشقة[2]. ثمّ يرى في منطق العادة وجهاً آخر يحترز فيه على إطلاق لفظ المشقّة على التكليف. ويرى أنّ الشارع وإنْ قصد التكليف بما يلزم فيه كلفة ومشقة ما فإنّ ذلك لا يُعدّ في العادة المستمرّة مشقة[3]. وعلى الرغم من احترازه فإنّه يقرّ من منطلق حكم العادة أنّ التكليف خروج عن المعتاد في الأعمال العاديّة ودخول أعمال زائدة على ما اقتضته الحياة الدنيا[4]. وهو خروج مرتبط بالمصلحة. ففضلاً عن قصد المشقة من التكليف فقد قصد من جهة ما هو مصلحة وخير للمكلّف عاجلاً وآجلاً[5].

إنّ استناد الشاطبي إلى معيار العادة والتجربة العامة سوف يقوده إلى

---

(1) «الشريعة جارية في التكليف بمقتضاها على الطريق الوسط الأعدل، الآخذ من الطرفين بقسط لا ميل فيه، الداخل تحت كسب العبد من غير مشقة عليه ولا انحلال، بل هو تكليف جارٍ على موازنة تقتضي في جميع المكلفين غاية الاعتدال». الموافقات، ج2، ص123.

(2) (م.ن)، ج2، ص121.

(3) «فإنه لا ينازع في أن الشارع قاصد للتكليف بما يلزم فيه كلفة ومشقة ما، ولكن لا تسمى في العادة المستمرة مشقة، كما لا يسمى في العادة مشقة طلب المعاش بالتحرف وسائر الصنائع؛ لأنه ممكن معتاد لا يقطع ما فيه من الكلفة عن العمل في الغالب المعتاد، بل أهل العقول وأرباب العادات يعدون المنقطع عنه كسلان، ويذمونه بذلك، فكذلك المعتاد في التكاليف». (م.ن)، ج2، ص123.

(4) (م.ن)، ج2، ص121.

(5) (م.ن)، ج2، ص125.

تأليف رؤية جامعة وتوفيقية بين قصد الشارع من وضع الشريعة للتكليف وما تقتضيه من مشقة وما تتضمنه الشريعة من سياقات متعددة إلى ضرورة التخفيف واليسر وتحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد ورفع الحرج. فالتعارض الظاهري بين الآيات والسياقات يقتضي تأويلاً لا يؤول إلى تناقض أو تطرف نحو جهة دون أخرى. وهذا ما ألحّ عليه الشاطبي ذاته في عرض كامل هذا المقصد وتحليله. وفي سبيل ذلك استدعى مفهوم العرف (العادة الجارية، العادة المستمرة، العادات، المعرفة العامة والمشتركة) المحدّدة للمعيار العرفي الشائع في تحديد ما ضبطته الأوامر الشرعية حينما ميزت بين الحرج الذي يطاق والحرج الذي لا يطاق، فلا يطلب رفع الأوصاف التي طبع عليها الإنسان كالشهوة إلى الطعام والشراب، ولا بإزالة ما غرز في الجبلّة منها مثلما لا يطلب تحسين ما قبح من خلقة جسمه، ولا تكميل ما نقص منها، فإنّ ذلك غير مقدور للإنسان ولا هو مقصود الشارع طلباً له ونهياً عنه[1]. ويستند الشاطبي في معيار تحديد ما لا يدخل تحت مقدور المكلّف في رفع الأوصاف الطبيعية للإنسان وإنكارها بما يحقق المشقة غير المطلوبة شرعاً إلى التجربة الحسيّة المشاهدة من جهة وإلى العقل والتأمّل الباطني من جهة أخرى[2]. أما ما يتعلّق بما يدخل تحت مقدوره فلا ينفي عنها الشاطبي سمة المشقة، لكنه يستبعد منها التكليف بما لا يطاق. وهنا يوظف العرف بمعناه الواسع المذكور سابقاً إضافة إلى معيارَي النقل والعقل في التحديد. ويصنفها تبعاً لذلك إلى مشقة معتادة وأخرى خارجة عنها. ومعيار الأولى أن تكون عامة في المقدور عليه وغيره. وهي خاصة بأعيان الأفعال المكلّف بها. وهو الموضع الذي وضعت له الرّخص المشهورة كالصوم في المرض والسّفر. وليس فيها من التأثير في تعب النّفس خروج عن المعتاد في الأعمال العاديّة. ويضاف إليها معيار آخر جامع بين العادة ومقتضيات الدّين ألا وهو إخراج

(1) الموافقات، ج2، ص108-109.

(2) (م.ن)، ج2، ص109.

المكلّف عن هوى نفسه بما يلحق منها التعب والعناء، وهو معلوم في العادات الجارية في الخلق[1]. ويظهر من خلال التحليل الأخير حرص الشاطبي على جعل النقل متوافقاً دوماً مع قانون العادات الجارية. وهو بذلك لا يخرج عن نطاق ما قرره الأشاعرة انطلاقاً من نظريّة الكسب. أما معيار الثانية فهو القدرة على الدّوام. ويعرّفها الشاطبي بألا تكون مختصة. «فإذا نُظر إلى كليّات الأعمال والدّوام عليها صارت شاقّة ولحقت المشقة العامل بها، ويوجد هذا في النوافل وحدها إذا تحمّل الإنسان منها فوق ما يحتمله على وجه ما، إلا أنّه في الدّوام يتعبه حتى يحصل للنفس بسببه ما يحصل لها بالعمل مرّة واحدة في الضّرب الأوّل»[2]. ويظهر من خلال اعتماد مفهوم الدوام مقياساً لضبط المشقة ارتباطاً نظرياً بمفهوم العادة وما تستلزمه من قدرة على اطّراد الفعل ودوامه ليخرج عن غير المعتاد. وإلا فإنّ انعدام ذلك يؤول إلى التشويش على النّفوس في تصرفها ويقلقها في القيام بما فيه تلك المشقّة. ويقرّر الشاطبي بناء عليه قاعدة مميزة بين المشقة وما دونها في التكليف[3].

ويلحظ في هذا السياق أنّ صاحب نظريّة المقاصد يجعل الأدلة العقلية باستثمار خصائص مفهوم العادة (الدوام، الاطّراد) متعاضدة مع الأدلّة النقليّة المقصود منها رفع الحرج والتخفيف لإثبات مشروعيّة الرّخص حتى تغدو أصلاً

---

(1) (م.ن)، ج2، ص119-121.

(2) (م.ن)، ج2، ص120.

(3) في قوله الآتي: «وإلى هذا المعنى يرجع الفرق بين المشقة التي لا تعد مشقة عادة، وهو أنّه إن كان العمل يؤدي الدوام عليه إلى الانقطاع عنه، أو عن بعضه، أو إلى وقوع خلل في صاحبه، في نفسه أو ماله، أو حال من أحواله، فالمشقة هنا خارجة عن المعتاد، وإن لم يكن فيها شيء من ذلك في الغالب، فلا يعد في العادة مشقة، وإن سميت كلفة، فأحوال الإنسان كلها كلفة في هذه الدار، في أكله وشربه وسائر تصرفاته، ولكن جعل له قدرة عليها بحيث تكون تلك التصرفات تحت قهره، لا أن يكون هو تحت قهر التصرفات، فكذلك التكاليف، فعلى هذا ينبغي أن يفهم التكليف وما تضمن من المشقة». الموافقات، ج2، ص123.

قطعيّاً في سياق الردّ على من كان يظنّ أنّ الشارع قاصد التشديد على المكلّفين وإيقاع المشقّة في التكليف من خلال توظيفهم لأحاديث آحاد في قضية واحدة لا ينتظم منها استقراء قطعي بل استدلالات ظنيّة[1]. ومن ثَمَّ كانت الغاية الكبرى من التكليف لدى الشاطبي -وإنْ تضمنت المشاق بالدّخول في أعمال زائدة على المعتاد أحياناً (وليس بصفة دائمة ومطردة) تحقيق التوازن بين البعديْن في حياة الإنسان: البعد الدنيوي الزمني والبعد الأخروي الشرعي؛ إذ إنه من البديهي أن يستوفي الإنسان حظوظه التي أذن له فيها الشرع دون إخلال بواجباته الدينية؛ لأنّ الإيغال في العبادة وترك الحظ بإغفال الترخّص يؤول إلى الإيقاع في المفسدة، وقطعُ العوائد المباحة موقعٌ بدوره في المحرّمات. وبهذا نفهم النسبة التي تجمع بين اعتبار العوائد وتحقيق المصلحة في بناء مقصد الشارع من التكليف؛ ذلك أنّ رفع الحرج يحمل غايتيْن متلازمتيْن هما: الخوف من الانقطاع عن الطريق، وبُغض العبادة وكراهة التكليف من جهة، والخوف من التقصير عند مزاحمة الوظائف المتعلقة بالعبد مثل قيامه على أهله وولده وغيرها من الأعمال الدنيوية الضرورية التي تقتضيها العادة[2]. ولذلك فإنّ فهم الشريعة يكون قائماً على الجمع بين أمرين: الأخذ بالحظوظ ما لم يخلّ بالواجب، وتركها ما لم يؤدِّ التّرك إلى محظور[3]. وذاك هو مظهر عدالة الشريعة ووسطيّتها وميزان التأليف بين العرف والدّين في التكليف.

ولا يمكن فهم هذا التحليل الذي أوصل الرجل إلى موقف التوسط إلا باستحضار الهاجس الإيديولوجي والتأويلي ممثلاً في الردّ على بعض تيارات الباطنية المنفلتة عن قيود التشريع الفقهي السنّي وآلياته. فاندراج مسألة البحث في «المشقّة المعتادة التي صارت بالنسبة إلى بعض النّاس كالمعتادة»[4]، وإن

---

(1) (م.ن)، ج2، ص130.
(2) (م.ن)، ج2، ص136.
(3) الموافقات، ج2، ص146.
(4) (م.ن)، ج2، ص135.

كانت شغلت الرّجل وكشفت عن نيّة لتأصيل مقولات التصوف في رؤيته المقاصدية فإنّها دفعته إلى الاستدلال على ما يمكن أن يدمج هذه المقولة الصوفية في الفقه والأصول بجعلها من مشكلات التشريع. ومن ثَمَّ تأسيسها على ميزان الاعتدال ومقاومة البدع المنتشرة في عصره. وأكثرها شهرة إلزام المتصوّف بالشدّة على نفسه وإكراهها على تحمّل ألوان من المشقّة وتكليفها ما لا يطاق[1].

ويرد المقصد الفرعي الثالث متكاملاً مع الثاني، وامتداداً لإشكالاته المطروحة، ولاسيّما في مستوى النتائج التي توصّل إليها السابق. فجدوى التكليف لا تتوقّف عند ضبط المفهوم من خلال تمييز المشقة الجارية في قانون العادة عن غيرها تبريراً لمبدأ رفع الحرج أصلاً قطعياً معمولاً به لتحقيق التوازن المنشود بين الدنيوي والديني في حياة المسلم/المكلف؛ بل تظهر تلك الجدوى في تحقيق الهدف الأسمى للشريعة ألا وهو إخراج العبد عن داعية هواه حتى يكون عبد الله اختياراً كما هو عبد الله اضطراراً[2]. وهي الغاية التي يرسمها هذا المقصد المعنون بـ«قصد الشارع في دخول المكلف تحت أحكام الشريعة». وفي سبيل بيان طرق الإخراج، ومن ثَمَّ امتثال المكلّف لأوامر الشريعة يستدل الشاطبي بجملة من الأدلّة العقلية إلى جانب الأدلّة النقلية التي تتبوّأ دوماً منزلة الصدارة في خطابه الحجاجي. ومؤدّاها: «أنّ العلم بالتجارب والعادات يبرهن على أنّ المصالح الدّينية والدّنيوية لا تحصل مع الاسترسال في اتّباع الهوى والمشي مع الأغراض لما يلزم ذلك من التهارج والتقاتل والهلاك الذي هو مضاد لتلك المصالح»[3]. ويلوح جليّاً

(1) عدّد الشاطبي أمثلة كثيرة من بدع الصوفية في عصره، مثل اعتياد شيوخ الصوفيّة أن يأخذوا المريد بالتقليل من غذائه وإدامة الجوع والصّيام وترك التزوّج. راجع: الاعتصام، ج1، ص216.
(2) (م.ن)، ج2، ص168.
(3) الموافقات، ج2، ص170.

أن المغزى الأعمق من هذا الكلام هو إعادة تشكيل مفهوم العبادة بدمج الأعمال الدنيوية فيها على أساس قاعدة الانضباط الذاتي للمكلّف حتى تكون العبادة اختياراً لا اضطراراً. وقد توسّل الشاطبي في سبيل ذلك بالمعرفة الاختبارية العرفية التي تقوم على استقراء تجارب الناس وعاداتهم للبرهنة على ضرورة الرّبط بين مكافحة المكلِّف الشهوات الفرديّة وخضوعه لانضباط ذاتي يمكنه من بلوغ هذا التجسيد الأمثل للعبادة. وبإضافة هذا المقصد الثالث يسعى الشاطبي إلى دعم تحقيق أحد أهم الشروط التي تبرهن على قصد الشريعة من وضعها لأجل المصلحة عاجلاً وآجلاً. وهي بهذا المنطق لا تهدف إلى تحقيق مصالح النّاس في المطلق أو بالشكل الذي يرونه مناسباً لهم، بل من خلال النظر إلى تلك المصالح متجسّدة ضمن أوامر الشريعة ونواهيها وأحكامها مع مراعاة عامل التجربة الدنيوية وسيرورتها إضافة إلى الغرض من التكليف[1].

إنّ هذا الدور الذي أنيط بعهدة العرف في تعدّد معانيه ودلالاته لتشكيل مقاصد الشريعة ضمن نظرية الشاطبي تعكس المساحة الكبرى التي توافرت له في صلب مكوناتها. ويبرّر ذلك منطلقه النّظري الأصولي الذي جعل العادات ركناً قائماً من أركان إقامة الدّين وبناء الشريعة. لأنّ التكليف لديه لا يبنى على أوامر الشريعة ونواهيها فحسب، بل على استقرار عوائد المكلّفين[2]. ولذلك فإنّ مجاري العادات في الوجود أمر معلوم لا مظنون. وأفعال

(1) «فالجواب أنّ وضع الشريعة إذا سلم أنّها لمصالح العباد، فهي عائدة عليهم بحسب أمر الشارع، وعلى الحد الذي حده، لا على مقتضى أهوائهم وشهواتهم، ولذا كانت التكاليف الشرعية ثقيلة على النفوس، والحس والعادة والتجربة شاهدة بذلك، فالأوامر والنواهي مخرجة له عن دواعي طبعه واسترسال أغراضه، حتى يأخذها من تحت الحد المشروع، وهذا هو المراد، وهو عين مخالفة الأهواء والأغراض. أما أن مصالح التكليف عائدة على المكلف في العاجل والآجل، فصحيح، ولا يلزم من ذلك أن يكون نيله لها خارجاً عن حدود الشرع». (م.ن)، ج2، ص172.

(2) (م.ن)، ج2، ص279.

المكلّفين تجري على ترتيبها إذا كان الوجود باقياً على ترتيبه. ولولا اطّراد العادات معلوم لما عرف الدّين من أصله[1]. وهذا المنطلق النّظري يكشف عن توزّع أدواره بين اعتباره صنفاً من أصناف الوجود، ومقياساً تتحدّد بوساطته عدّة أحكام مقاصدية. وهو المستوى الثالث الذي نرصد فيه دوراً جوهرياً للعرف ضمن هذه النّظرية.

3- العرف صنفاً للوجود ومعياراً للتكليف:

وظّف الشاطبي مفهوم العرف للإشارة إلى مجموعة واسعة من الممارسات والعادات التي لا نجدها مقرّرة ضمن نصوص الشريعة التأسيسيّة. وهو ما جعله يضعها في مقابل العبادات التي ضبطتها وقررتها الشريعة. ومع ذلك، فإنّ هذا الانطباع الأوّلي لا يُعدّ حكماً عامّاً ومطلقاً لأنّ عدداً لا يستهان به من تلك العادات والممارسات الاجتماعيّة الشائعة وقع ضبطها فقهياً في الشريعة دون أن تكون على المنوال الذي وقع به ضبط العبادات فيها. وعلى هذا الأساس يبدو مفيداً التعرّف إلى تصنيف الشاطبي للعرف في مستوييْن: الأول باعتباره صنفاً من أصناف الوجود الموضوعي والذاتي، والثاني باعتباره معياراً أو مقياساً أو فلنقل: سلّماً لتقييم الأعمال الشرعية للمكلّف.

3-1- العرف صنفاً للوجود:

صنّف الشاطبي العرف، انطلاقاً من أفق علاقته بالشريعة، إلى صنفيْن كبيرْين:

يشتمل الأول على العادات التي كانت تُعدُّ محلّ اتفاقٍ مطلق وأقرّها الدّليل الشرعي أو نفاها. وهي تلك التي تشتمل على سلب العبد أهليّة الشهادة والطهارة وإزالة النجاسات وستر العورات والنهي عن الطواف بالبيت

(1) (م.ن)، ج2، ص280.

على العري، وما أشبه ذلك من العوائد الجارية بين الناس. وهي أيضاً من جملة الأمور الداخلة تحت أحكام الشّرع. فلا تبديل لها وإن اختلفت آراء المكلّفين فيها. ويعني أنّها ثابتة، ولا يجوز نسخها بعد وفاة الرّسول[1].

أما الثاني، فهو الذي يتضمّن العادات غير المنصوص عليها شرعاً. وتتوزع بدورها إلى صنفيْن فرعييْن: الأول يدلُّ على ما هو ثابت. ويتعلّق الأمر بالعادات الغريزية مثل شهوة الطعام والشراب والوِقَاع والنّظر، والكلام والبطش والمشي وأشباه ذلك[2]. والثاني يتضمّن عدداً واسعاً من العادات المتغيّرة المتنوّعة وفقاً لاختلاف المكان والزمان والاعتقادات والأفهام. وهي مضطلعة بدور المعيار الضابط للحكم على تلك العادات في تجويزها أو نفيها، مثل عادة كشف الرّأس الذي يعدّ قبيحاً لذوي المروءات في البلاد المشرقية، وغير ذلك في البلاد المغربيّة. ويتضمن كذلك طرق التعبير عن المقاصد أو الأعراف القولية التي تتغير عبر الزمن والأقاليم، وبحسب اصطلاح كل فئة من الفئات مثل اختلاف اصطلاحات أرباب الصنائع في صنائعهم عن اصطلاحات الجمهور، أو غلبة بعض المعاني على أخرى في الفهم، وما يترتب عليها من تغيير للحكم في كثير من مسائل الأيمان والعقود والطلاق كناية وتصريحاً. وهي إلى ذلك تتضمن الأعراف العملية في المعاملات والأفعال مثل عادة قبض الصداق في النكاح أو عادة البيع بالنقد أم بالنسيئة. وتتسع للعادات الطبيعية مثل سنّ البلوغ أو الحيض. مثلما تشتمل على الحالات الاستثنائية التي تغدو عادات قائمة باطرادها «كبعض الناس تصير له خوارق العادات عادة، فإنّ الحكم عليه يتنزّل على مقتضى عادته الجارية له المطردة الدائمة»[3]. والأمثلة على ذلك حال العبد الذي يتعرّض لحادث يؤول إلى خلل في المجاري البولية. ففي هذه الحال يكون الحكم

(1) الموافقات، ج2، ص283.

(2) (م.ن)، ج2، ص284.

(3) الموافقات، ج2، ص285.

المنطبق عليه هو الحكم ذاته المنطبق على المجرى العادي[1]. وعليه يرى الشاطبي أنّ هذه العادات لا تؤثّر إطلاقاً في ما قرّرته الشريعة. فاختلاف هذه العادات المتغيّرة والمتحوّلة يعكس اختلافاً في السّياقات لا اختلافاً في أصل الخطاب الشرعي ذاته؛ أي إنّ كل وضع أو حدث يقتضي حكماً معيّناً. فكلّ تغيير في الظروف قد ينجرّ عنه تغيير في الأحكام المعمول بها. ففي بعض الأقاليم قد يدرك بعض الصبيان البلوغ قبل غيرهم أو بعدهم في أقاليم أخرى. ولهذا فإنّ التكليف يتغيّر بناء على تغير عادة البلوغ بحسب الأقاليم والمناطق. وكذا الشأن في دفع الصداق الذي تؤخره بعض الفئات إلى ما بعد الدخول أو يدفع نصفه قبل ذلك ويؤجل باقيه. ففي هذا الوضع تقرر الشريعة الأصل وهو دفع المهر، ويترك للعرف تحديد الطريقة وسائر التفاصيل[2]. وبهذا المعنى، إذا كان الأول ثابتاً فإن الثاني متغيّر وفقاً لتغيّر شروطه. ولعلّ أهمّية هذه الأمثلة تكمن في أنّ العرف، في حدّ ذاته، ليس أساساً للشرع، ولكنّه يقوم بدور داعم له أثناء التطبيق. فهو من هذه الجهة سبب من أسباب التكليف ولا يستقيم إلا به وبمراعاته. وقد قدّم الشاطبي أمثلة على ذلك، فالعادة بأنّ الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة هو الدافع إلى انحتام القصاص حكماً شرعياً. وكذلك الشأن في النكاح والتجارة ونبات الزرع التي تكون أحكامها نتائج حتمية لأسبقية العادة في الوجود على الحكم الشرعي الذي يرد لمطابقتها وإقرارها[3]. ويرتبط هذا المستوى بآخر هو لبّ نظرية الشاطبي في اعتبار أصل التشريع سبباً للمصالح ومتضمّناً بدوره مبدأ مراعاة العادات باعتبارها قوانين الوجود القارّة، فلزم من كلّ ذلك أن تكون العادات معتبرةً في التكليف

---

(1) يتبنّى الشاطبي في هذا المقام الرأي الشائع لدى الأصوليين القدامى في انطباق حكم الطهارة ذاته للمسلك المعتاد للنجاسة على الآخر. راجع: الجويني، البرهان، ج2، ص947.

(2) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص286.

(3) الموافقات، ج2، ص286.

وحدّاً فاصلاً بين ما يطاق وما لايطاق منه، بل لزم من كل ذلك أن يكون العلم بالعادات جزءاً لا يتجزأ من العلم بالشرعيّات[1]. ويجسّد هذا التحليل المقاصدي المتميّز امتداداً لما درسه الأصوليون بطريقتهم التقليدية في مسالك العلة، وتحديداً المسلك الثاني المسمى لديهم بتحقيق المناط[2].

وإلى جانب هذا التصنيف الذي خضع لقاعدة العلاقة بالشريعة أورد الشاطبي تصنيفاً آخر للعادات في حدّ ذاتها، أي بالنسبة إلى وقوعها في الوجود، وهي ضربان:

الأول: العوائد العامة التي لا تختلف بحسب الأعصار والأمصار والأحوال، مثل الأكل والشرب والفرح والحزن والنّوم واليقظة وما إليها[3].

والثاني: العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال، مثل هيئات اللباس والمسكن، واللين في الشدّة والشدّة فيه، والبطء والسرعة في الأمور، والأناة والاستعجال وما كان نحو ذلك[4].

ومن المفترض أن تكون الأولى قاضية على البشرية جمعاء في الماضي والحاضر والمستقبل للقطع بأنّها تجري وفق سنة الله في خلقه. أما الثانية فهي تلك التي تنتظم بها حياة النّاس ومعاشهم. وهي عادات غير مسلّم بها، بل لا بد من التحقّق منها ودراستها والاستدلال عليها بما يسهم في تحقيق أوامر شرعيّة محدّدة. وبناء عليه، فإنّ الأولى عادة كليّة أبدية وضعت عليها الدّنيا وقامت بها مصالحها في الخلق بحسب ما بيّنه الاستقراء، وعلى وفقها جاءت الشريعة. فهي القانون الأبدي (الحكم الكلّي) الباقي من جهة، وهي التي تقدّم الدّليل على أنها معلومة لا مظنونة. فيما ترجع الثانية إلى ما هو جزئي

(1) (م.ن)، ج2، ص287-288.
(2) (م.ن)، ج3، ص43-44.
(3) (م.ن)، ج2، ص297.
(4) (م.ن).

منتظم تحت العادة الكليّة. وبهذا، فهي التي يتعلّق بها الظنّ لا العلم[1]. فإذا كانت الأولى لا قيمة لها في التشريع فإنّ الثانية بحكم مرونتها وتغيّرها ووقوعها في دائرة الظنّ قد تؤثّر في التشريع الفقهي.

قد لا يفهم مغزى هذا التصنيف في ضوء التنظير الكلامي المجرّد عن قضايا السياق الثقافي السائدة ومعضلات الفكر الأصولي والأزمة الحضارية التي أصبح يعيشها صاحب (**الموافقات**) مع اقتراب نهاية القرن الثامن للهجرة/الرابع عشر للميلاد، بل يندرج ضمن أفق إصلاحي استمر منذ قرون. فهو مقدّمة ضرورية كليّة تبيّن أنّ الفقيه لا ينبغي أن ينشغل بمسار تشكيل التشريع وبناء الآراء الفقهية وأحكامها فحسب، بل عليه أن يفكّر في المقاصد كما ضمن السياق والظروف. وليس ممكناً تحقيق هذه الخطوة الأوليّة دون معرفة وافية بالعادات السّائدة في ذاك السياق، الذي يزعم فيه الفقيه تطبيق الشّرع. فإغفال أعراف النّاس وتجاهلها وإنكارها تجعل التعارض مع الأصول الأساسية للشريعة ومبادئها قائماً. ولا ريْب أنّ الأمر سوف يؤول في النهاية إلى معارضة المقاصد والغايات التي وضع من أجلها الشارع أحكامه في الشريعة. لكن وجب التنبيه إلى أنّ التصنيف وحده لم يكن ليمثل حلقة وعي تامة بأهميّة العرف في التشريع خصوصاً في ضبط المهام الجديدة للفقهاء التي تتناسب مع فكرة المقصد وتحقيق المصلحة، بل كان من الضروري الانتقال إلى إبراز أهمية العرف معياراً أو أداة أو وسيلة في تحديد طبيعة الأحكام الشرعية بما يتمّم المهمة، ويجعل الشريعة قابلة للفهم والتطبيق معاً.

3-2- العرف معياراً للتكليف:

لئن سبقت الإشارة قبل هذا المبحث إلى اعتماد الشاطبي العرف معياراً لاستقراء كلّيات الشريعة من جهة، ومعياراً لضبط المصالح الضرورية والحاجيّة والتحسينية، فإنّ ذلك لا يُعدم اتخاذه مقياساً لتقدير أحكام الشريعة

(1) الموافقات، ج2، ص298.

على الواقع. وإذا كان المظهر الأول في التوظيف أبان عن اتجاه إلى جعل العرف محيلاً على دلالة المعرفة العملية والجماعيّة المشتركة التي تؤيّد التحليل العقلي في إسناده للدليل النقلي، فإنّ المظهر الثاني أوضح دوره المعياري في تقديم الممهدات النّظرية لجملة من التفاصيل الضرورية لتطبيق الحكم الشرعي العام في سياقات مخصوصة ومتفردة واستثنائيّة أحياناً.

ومثلما أبرزت المباحث السابقة مدى أهمية العرف عنصراً محدّداً لمفهوم المشقّة وأداة ضرورية لضبط القدرة على التكليف في ظلّ غياب معيار صريح وقاطع، فإنّه شكّل -إلى ذلك- أداة ضرورية للفقيه لتكييف الحكم العام مع الوضع المخصوص. وهو ما يمنحه قوّة التقييم والتقدير والقيس عندما لا تتوافر في منطق الشريعة النقلي قطعاً. فحينما تحث الشريعة على الاعتدال في النفقة دون أن تقدّم ضوابط إضافيّة فإنّ ما يُعتدّ به لدى الشاطبي في مفهوم الشرع هو العوائد التي تجيز ضبط تلك الإضافات ووضع الحدود بين الإسراف والإقتار في النفقات[1].

ولئن كان بلوغ الاعتدال أهم مقصد من مقاصد وضع الشريعة وأسمى المطالب التي بنى عليها الشاطبي نظريته، وجعل بمقتضاها مداري التنزيل والتكليف قائميْن عليها، فإنّ العرف يضطلع من كلّ ذلك بدور وسيلة التقدير في تطبيق كليْهما على السياقات المتعدّدة والمخصوصة والمختلفة من زمن إلى آخر ومن إقليم ما إلى غيره. ومن هنا ليس بمستبعد أن نرى عدداً من فصول المعاملات في الفقه وأبوابه زاخرة بالإحالة على العرف لتحديد المقادير الصحيحة (وزن، كيل، كمية، طول، مساحة...)، إذ يبدو مؤكّداً أنّها تختلف من فضاء إلى آخر ومن عصر إلى عصر مغاير.

ويحمل تحليل الشاطبي هذا الميسم في اعتماد العرف أداة لتقدير أحكام المعاملات على وجه الخصوص. لكنّ الميزة الأساسيّة له هي إدراجه ضمن

(1) الموافقات، ج2، ص168.

مفهوم نظري كلامي متصل بجانب من الممكنات الذهنية في العقيدة (إنشاء تصور للكون)[1]، فهو يستعمل هذه الوسيلة التقديريّة باعتبارها دليلاً على النّظام الطبيعي الكوني. ويضمّها إلى الأدوات الحجاجية في المجادلات القائمة حول مسألة السببيّة والبرهنة على صحّة نظرية التجويز الأشعريّة التي تنصّ على أنّ الله هو الفاعل الحقيقي الذي يربط بين الأسباب والمسبّبات، وأنّ العلاقة بينهما ليست ضروريّة وغير مستقلة، بل ترتكز على العادة الجارية في الخلق التي هي عادة الله دون سواه، وله أن يخرقها أو يعطلها متى شاء[2].

وجدير بالانتباه أنّ الشاطبي يحيل على هذا المفهوم للعرف (العادة) خلال مبحث الأحكام الوضعيّة المتعارضة في بعض الأحيان مع الأحكام التكليفيّة. ويعني ذلك أنّه إذا ما وُضع حكم اقتضاه سبب ما فإنّ المكلّف مسؤول عن سببه دون أن يعني ذلك مسؤوليته عن تحقّق أثره. ويعبّر الشاطبي عن ذلك بالقول: «مشروعية الأسباب لا تستلزم مشروعية المسببات، وإن صحّ التلازم بينهما عادة، ومعنى ذلك أنّ الأسباب إذا تعلّق بها حكم شرعي، من إباحة، أو ندب، أو منع، أو غيرها من أحكام التكليف، فلا يلزم أن تتعلّق تلك الأحكام بمسبباتها»[3]. وفي هذا السيّاق يتوسّل الشاطبي بآراء الغزالي وأمثلته المشهورة في التمييز بين لمس النار والإحراق والشرب والارتواء والأكل والشبع[4]. وتبعاً لذلك فإنّ الحجة التي تؤيّد مسؤوليّة

---

(1) الإنشاء الذهني للعقيدة أو للتعالي يخضع لتصور قائم على ممكنات ذهنية ينشئها الإنسان، قد يكون هذا الاستنتاج مستفاداً من دروس اللسانيات العرفية، وظّفه محمّد الحداد في تحليل رسالة التوحيد لمحمد عبده. راجع: الحداد، محمّد، محمد عبده: قراءة جديدة في خطاب الإصلاح الدّيني، دار الطليعة، بيروت، ط1، 2003م، ص91.

(2) الموافقات، ج1، ص197، ص202.

(3) (م.ن)، ج1، ص189.

(4) «إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب، قصد ذلك المسبب أو لا؛ لأنه لما جعل مسبب =

الإنسان عن أفعاله سوف ينجم عنها تكليفه بما لا يطاق وهو ما يتعارض مع مقصد الشريعة ذاته[1].

وعلى هذا المنوال يكشف بحث الشاطبي عن مبرّرات دائبة ومستمرّة للنظرية الأشعريّة حول التجويز العقلي (السببيّة). فبمقتضاها لا يمكن أن تكون المشيئة الإلهية مقيّدة بمحدودية فهم الإنسان واستيعابه وإدراكه للعلاقات السببيّة الصارمة والتلقائيّة. إلا مآل هذا التبرير ينتهي إلى الحديث عن عجز الإنسان ومحدودية قدرته، وهذا ما يبدو متناقضاً مع مقاربة كرّسها الشاطبي للتفكير في المقاصد الكامنة وراء التشريع الإلهي وغاياته. وللإجابة عن هذا الاعتراض قدّم صاحب الرؤية المقاصدية جواباً يتكوّن من شقيْن:

الأوّل: الإحالة على مفهوم العادة الكونية تبرز أنّ المكلّف قد يسعى نحو تحقيق بعض المسببات حينما يكون عالماً بالاستقراء أنّه لا يناقض المقصد الشرعي. ولذلك يجوز له أن يسعى للحفاظ على أسرته (المسبب) بامتهان عمل شرعي (السبب)، وإذا عقد نكاحاً على ما وضع له في الشرع أو بيعاً أو شيئاً من العقود (السبب)، ثمّ قصد ألا يستبيح بذلك العقد ما عقد عليه

= عنه في مجرى العادات؛ عُدّ كأنه فاعل له مباشرة، ويشهد لهذا قاعدة مجاري العادات؛ إذ أجري فيها نسبة المسببات إلى أسبابها، كنسبة الشبع إلى الطعام، والإرواء إلى الماء، والإحراق إلى النار، والإسهال إلى السقمونيا، وسائر المسببات إلى أسبابها؛ فكذلك الأفعال التي تتسبب عن كسبنا منسوبة إلينا وإن لم تكن من كسبنا، وإذ كان هذا معهوداً معلوماً؛ جرى عرف الشرع في الأسباب الشرعية مع مسبباتها على ذلك الوزان». (م.ن)، ج1، ص211-212.

(1) «ما ذكر في هذه المسائل من أن المسببات غير مقدورة للمكلف، وأن السبب هو المكلف به، إذا اعتبر ينبني عليه أمور: أحدها أن متعاطي السبب إذا أتى به بكمال شروطه وانتفاء موانعه، ثم قصد أن لا يقع مسببه؛ فقد قصد محالاً، وتكلف رفع ما ليس له رفعه، ومنع ما لم يجعل له منعه... والثاني: أنّ القصد المناقض لقصد الشارع مبطل للعمل، حسبما هو مذكور في موضعه من هذا الكتاب». الموافقات، ج1، ص214.

(المسبب) فقد وقع قصده عبثاً وكان باطلاً شرعاً[1]. ولذلك فإنّ اختيار المكلّف وقصده شرط في وضع الأسباب وليس في اختيار المسبب. ومثلما يكون ذلك ممكناً في العاديات (مجرى العادة) فهو جائز في الشرعيات. ومن ثمّ فإنّ الاختيار يكون مطابقاً للقصد على ما وضعه الشارع[2]. وينشأ عن كل ذلك تحديد طبيعة التكاليف وأحكامها. ويكون التمييز بين الشرعي ودونه انطلاقاً من فهم العلاقات بين الأسباب والمسببات على مقتضى ما يقرّه قانون العادة الكوني وما يترتب عليه شرعاً وفقهاً كما يفترض الشاطبي في تصوره الأشعري.

الثاني: التمييز بين العبادات والعادات. وبما أن الأصل في الأولى هو التعبّد والامتثال فإنّها مبنية على عدم معقوليّة المعنى، ولذلك لا قصد فيها للمسببات. وبما أنّ أصل الثانية قائم على التعليل والعقل فإنّ الالتفات إلى المسببات والقصد إليها معتبر فيها. وهو موكول إلى المجتهدين[3].

ويُتبيّن من خلال عرض مجمل التصورات حول مفهوم السببيّة مساعي الشاطبي إلى إبراز الآثار المترتبة على تلك التصوّرات في الاجتهاد الفقهي. ومن ثمّ التوسّل إلى إيجاد معايير ثابتة ونهائية لها. لذلك خصّص حيزاً لا يستهان به لعرض هذه الرؤى التي فصلها إلى ثلاث: فالأولى ترى أنّ العبد فاعل للمسبب أو مولّد له، وهو ما يؤول إلى الشرك ويتعارض مع الآيات القرآنية ذاتها[4]. فيما ترتكز الرؤية الثانية على مفهوم العادة، وترى أنّ العبد يسعى إلى تحقيق الحدث أو الفعل عبر تعقّب سببه المحتمل. وهو في ذلك مستند إلى عادة الله التي تقرن بين الاثنيْن (السبب والمسبب). ولا يمكن هنا إنكار أنّ السبب هو سبب المسبب فهو معقوله، لكن وقوعه يتوقف على قدرة

(1) (م.ن)، ج1، ص214.
(2) (م.ن)، ج1، ص216.
(3) (م.ن)، ج1، ص199-200.
(4) الموافقات، ج1، ص201.

الله التي تجسّدها عادته في الوجود. وذلك «لأنّ العادة غلبت على النّظر في السبب بحكم كونه سبباً ولم يُنظر إلى كونه موضوعاً بالجعل لا مقتضياً بنفسه، وهذا هو غالب أحوال الخلق في الدّخول في الأسباب»[1]. أما الثالثة فهي التي تقصر نظرها على أنّ الله وحده خالق الأسباب والمسببات[2]. وهي النظرة التي يدافع عنها من حقق درجة عليا من الإيمان الذي ينتهي به إلى الامتثال الكامل والاتكال المطلق على الله، باعتبار أنّ تلك الأسباب وجدت لابتلاء العباد وامتحانهم لينظر الله كيف يعملون من غير التفات إلى ذلك لذلك وجب على العبد عدم الالتفات إلى الأسباب وترك المسببات[3].

وقد يبدو لنا عرض المواقف المتعلقة بتصور العلاقات السببيّة مجرّد تذكير بالمجادلات الكلامية القديمة، ولا تحمل آثاراً تطبيقيّة وعملية على صعيد التشريع الفقهي. إلا أنه ينبّه إلى دورها في خلق مسارات فقهية متعارضة تظهر انعكاساتها في ما يمكن أن تثمره من اختلافات حادّة حول استنباط الأحكام الفقهية وتفسيرها، وربّما تعليلها ما بين الفقهاء، ولاسيما بين المتمسكين بالرأي الأول والثاني من جهة، والمتشبثين بالرّأي الثالث من جهة أخرى. وبما أنّ الطرف الأول ينظر إلى أنّ المسببات مقتضية للأسباب، فإنّ أتباعه لا يتصوّرون إمكانية وقوع حدث دون سبب على الرغم من أنّهم يختلفون حول طبيعة العلاقة (ضرورية أو محتملة). أما الطرف الثاني، بما أنّه ينظر إلى أنّ الله هو الخالق الوحيد للمسببات بسبب أو دونه، فإنّه يسلّم بأنّ العلاقات السببية والترابط بين الأسباب والمسببات ليست سوى أمارة على مدى رسوخ الإيمان بالعقيدة.

ولئن تبنّى الشاطبي موقفاً مبدئياً كلامياً من المسألة برفض الدخول في

---

(1) (م.ن)، ج1، ص202.
(2) (م.ن).
(3) (م.ن)، ج1، ص203.

الأسباب[1]، فإنّه أثار إمكانية التفكير فيها انطلاقاً من عامل الاعتماد على جريان العادات فيها وغلبة الظنّ -لا اليقين- في وقوع المسببات عن أسبابها[2]. وأبرز ما يمكن أن تنجرّ عنها فقهياً من إشكالات في الحكم التكليفي. ففي الصيام مثلاً إذا ظنّ مكلّف مريض أن المرض سبب لازدياد المرض وتدهور حالته الصحيّة فإنّه سيمتنع عن الصوم (الصوم سبب للمرض). وإذا ظنّ أنّ الشفاء (المسبب) لا يتوقف على الإفطار والتوقف عن الصوم (السبب) فإنّه سيتمسّك بالصيام. وبناء عليه فإنّه في مثل هذه المسائل المبنية على غلبات الظنون والتخمين، والتي ترتكز مباشرة على طبيعة تصوّر العلاقة السببيّة سوف تؤول إلى اختلاف التأويلات الفقهيّة للشرع. وهكذا قد يحصل تداخل في فهم التمييز بين الترخص والابتلاء والسلامة والتهلكة. وهي مظان النّظر الفقهي. ولذلك يختلف الحكم باختلاف النّاس في النّازلة الواحدة[3].

ومن خلال هذا التمييز بين مختلف الرؤى والمواقف المتعلقة بالسببية سعى الشاطبي إلى التوفيق بين مختلف الأدلّة الشرعية في المنقول، فأحال على عدد من الآيات تبدو في ظاهرها متعارضة. فبعضها ينصّ على تأييد الأمر الإلهي المطلق نحو الكون بما فيها الفعل البشري[4]، وأخرى تدعم مسؤولية الإنسان وحريته[5]. ومن هذا المنطلق كان مجهود الشاطبي يتجه

---

(1) «الدّخول في الأسباب لا يخلو أن يكون منهياً عنه أولاً». (م.ن)، ج1، ص205.

(2) (م.ن)، ج1، ص206.

(3) (م.ن)، ج1، ص209.

(4) ﴿وَٱللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾ [الصّافات: 96]. ﴿ٱللَّهُ خَٰلِقُ كُلِّ شَيْءٍۖ وَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ وَكِيلٌ﴾ [الزُّمَر: 62]، راجع: «الموافقات»، ج1، ص196.

(5) ﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ أَنَّهُۥ مَن قَتَلَ نَفْسًۢا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًاۚ وَلَقَدْ جَآءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِٱلْبَيِّنَٰتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُم بَعْدَ ذَٰلِكَ فِي ٱلْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ﴾ [المَائدة: 32]، راجع (م.ن)، ج1، ص212.

صوب كيفية بناء رؤية توفيقية جامعة بين التسليم الإيماني بقدرة الله المطلقة ومسؤولية الإنسان عن أعماله التي تشرّع لمبدأ التكليف وهو جوهر الحكم الشرعي في الفقه. ويبرز هذا المجهود الفكري أنّ الشاطبي أوجد تمييزاً بين إطارين للمسألة: الإطار الكلامي من جهة، والإطار الفقهي الأصولي من جهة أخرى. فضمن الإطار الأول رصدنا إحالة على الشواهد النقلية التي تدعم رؤية ما للسببية مدارها إرجاع العلاقات بين الأسباب والمسببات إلى عادة الله، وهو ما انعكس على موقفه المتعلّق بمسألة حرية الإنسان ومسؤوليته التي يمكن -مثلما أشرنا سابقاً- أن تؤثّر ولو عرضاً في طريقة معالجة القضايا الفقهية، وخصوصاً ما تعلّق منها بمسائل العبادات التي يخرجها عن دائرة الالتفات العقلي. أما الإطار الثاني فإن الشاطبي مال إلى تبنّي تصور تغدو بمقتضاه الصلة بين الأسباب والمسببات قائمة على روابط معللة ضمن مفهوم العادة وأمراً يجوز الالتفات إليه عقلاً. ومن خلال هذا التوفيق المبني على التمييز بين الإطارَيْن، يدعم الشاطبي، مثل الغزالي قبله، فكرة التسليم بالمشيئة الإلهية المطلقة دون أن ينكر مسؤولية الإنسان عن أعماله. وأساسه الإقرار بمسؤولية الفرد عن سبب ما تقتضي مسؤوليته عن المسبب. فقاعدة مجاري العادات «تشهد على جريان نسبة المسببات إلى أسبابها كنسبة الشبع إلى الطعام، والإرواء إلى الماء، والإحراق إلى النّار، والإسهال إلى السقمونيا، وسائر المسببات إلى أسبابها، فكذلك الأفعال التي تنسب عن كسبنا منسوبة إلينا وإن لم تكن من كسبنا، وإذا كان معهوداً معلوماً جرى عرف الشرع في الأسباب الشرعية مع مسبباتها على ذلك الوزان»[1]. وهكذا، فالصلة بين الأسباب والمسببات متواترة ومطّردة بحكم العادة.

ويترتب على هذا الفهم جملة من المبادئ المحدّدة لطبيعة التكليف الشرعي. وأهمّها أنّه لما كان الدخول في السبب مقتضياً الدخول في المسبب،

(1) الموافقات، ج1، ص211.

إما جملة وإمّا تفصيلاً وإمّا الاثنيْن معاً، فإنّ الفاعل ملتزم بجميع ما ينتجه ذاك السبب من المصالح والمفاسد. ويؤول ذلك إلى أنّ الثواب والعقاب مترتبان على فعل تعاطاه لا على ما لم يفعل[1]؛ لأنّ الفعل مرتبط بقصد المكلّف. فإذا ما كان قصده مناقضاً لمقصد الشارع فقد كان عمله باطلاً؛ لأنّ تعاطي الأسباب المبيحة حتى لا تكون مبيحة مناقضة لقصد الشرع ظاهرة[2].

إنّ الإشارات المتكرّرة إلى هذه الصلة عبر نصوص النقل تكشف عن أهميّة أخذ الشّروط الفقهية المترتبة عليها في التكليف الشرعي في الاعتبار. وعبر هذا الاعتراف بجواز الصلات السببية يكون مبنى أعمال المكلّف وفقاً لمقصد الشارع. وهو الأصل في مقاصد الشريعة. ومن هنا ندرك أنّ إثارة الشاطبي لهذه المسألة النّظرية لا تكشف لنا الأسس الكلامية لهذه المقاربة فحسب، بل يتجلى من خلالها البعد الصوفي كذلك. ففي تشديده على أهمية الالتفات إلى الأسباب أكثر من المسببات يحرص على توافر أقصى درجات الإخلاص في ذات المكلّف[3]. أما التركيز على المسببات ذاتها فمن شأنه أن يصرفه إلى الحظوظ الشخصية بدل العبادة في تجسيدها لأرقى مظاهر الامتثال لأوامر الشريعة الإلهية ونواهيها. وينطبق هذا على حالة العبادات التي يكمن مقصدها في زيادة درجة استقامة المكلّف، وليست في التظاهر بالتقرّب إلى الله خدمة لأغراض شخصية (الشهرة، المكانة، الاحترام) ليؤول الأمر إلى شيوع الرّياء والنفاق[4]. وكذلك الأمر في إنكار المسببات الذي قد تنجر عنه

(1) (م.ن)، ج1، ص212-213.
(2) (م.ن)، ج1، ص215.
(3) «ومن الأمور التي تنبني على ما تقدم أن الفاعل للسبب عالماً بأن المسبب ليس إليه إذا وكله إلى فاعله وصرف نظره عنه؛ كان أقرب إلى الإخلاص، والتفويض والتوكل على الله تعالى، والصبر على الدخول في الأسباب المأمور بها، والخروج عن الأسباب المحظورة، والشكر، وغير ذلك من المقامات السنية والأحوال المرضية، ويتبين ذلك بذكر البعض، على أنه ظاهر». (م.ن)، ج1، ص219.
(4) (م.ن)، ج1، ص221-222.

جملة من الإشكالات المتصلة بالتكليف أهمها تعارض مقصد المكلف مع مقصد الشارع[1].

ولئن ظلّ الشاطبي منحصراً في تفكيرة ضمن الدّائرة البيانية من خلال استعماله مصطلح «العادة الجارية» عوضاً عن مصطلح «السببيّة»[2]، فقد أبان بحثه في هذه المسألة، التي سبقت مبحث المقاصد، عن اكتساب العرف في دلالته الكلامية (عادة الله) دور المعيار لا من جهة المعاني الدينية في تأكيد الإيمان بالمعجزة وبالمشيئة الإلهية المطلقة مقابل محدودية قدرة الإنسان فحسب؛ بل في تحوّله معياراً لمدى مواءمة المقولات الكلامية الأشعرية حول التجويز مع أحكام التكليف لبلوغ أحكام متوسطة بين مغالاة أرباب الأحوال في التعبّد وتحلل أصحاب الحظوظ في طلب الحظوظ من الدنيا.

وقد تكون أهمية مجهود الشاطبي وميزة مشروعه المقاصدي في مجاوزة مبحث السببية نطاق البعد الكلامي الموروث عن الغزالي والسياق الرّاهن في التوفيق بين المتصوفة والفقهاء إلى البعد الأصولي في توظيف النّظرية الأشعريّة الكلاسيكية حول «التجوّز» لبناء رؤية تشريعية جديدة أساسها المقاصد معياراً يجعل مقصد الشارع متطابقاً وموافقاً لمقصد المكلّف. وقد تكمن طرافته أيضاً في جعل تفسير النظرية السببية مهاداً نظريّاً للشريعة وجزءاً لا ينفصل عن أحكامها. وهذا ما يرفع الحجاب عن الصلات المتينة التي كانت تربط أصول الفقه بعلم الكلام؛ إذ لا يمكن للأساس الفقهي للشريعة خرق مقولاته الكلامية. فكل ما أنتجه علم الكلام الأشعري كانت أصداؤه واضحة وجليّة في بناء الآراء الفقهية السنيّة. ولا يبدو المشروع المقاصدي معزولاً عن ذلك. ولعلّ مثال الشاطبي مفيد في بيان الطريقة التي كان الفقهاء

(1) انظر إلى التحليل الذي قدّمه محمّد بن الطيب حول علاقة المبحث الأصولي الكلامي للمسألة بأصول الصوفية ومبرّرات رفض الشاطبي للالتفات إلى المسببات. ابن الطّيب، فقه التصوف، ص95-96.

(2) (م.ن)، ص95.

يجادلون بها قضاياهم من الناحية الفقهية وتكييف تصوراتهم انطلاقاً من المقولات الكلامية الرائجة والسائدة.

خاتمة الفصل:

كان مسعانا في هذا الفصل الكشف عن كيفية تعامل الفكر الأصولي ممثلاً في الشاطبي مع إشكالية العرف ضمن ميدان علم المقاصد الشرعيّة. وقد بدا جليّاً أنّ تصوره للعرف لم يتأسّس انطلاقاً من تلك الحدود الفقهية الشائعة بجعله دالاً على العادات والمعاملات في مقابل العبادات، بل اتّسع ليشتمل على الدلالة النظرية/الكلامية التي توسّل بها لإعادة بناء القواعد المعرفية المطلوبة في بناء كليّات الشريعة. وهي القطب الرئيس الممهّد لبناء نظرية المقاصد. فقد أحال في هذا المقام على دلالة المعرفة الاختبارية وحكمة التجربة العمليّة المتوسطة ما بين النقل والعقل. فبرزت لنا من خلالها رؤية ترى أنّ هداية العقل واسطتها النقل ودعامتها المعرفة التاريخية والطبيعية للكون المنشدة إلى عادات ثابتة معلومة بالاستقراء. وقد ذكر الشرع بعضها واستكشف العقل مع التجربة غالبها. وهي في ذلك أداة من أدوات المعرفة التي تبرهن على استمرار التعاليم الإلهية.

وبدت لنا الإحالة على هذه المعرفة الاختبارية دافعة إلى تأسيس قطعيّة الشريعة. وهي تمرّ حتماً بمرحلة بناء أدلّة يقينية لم يكتفِ فيها الشاطبي بتوظيف النقل (الآيات، الأحاديث) بل استعمل جملة من الأدوات المستقرأة من تجارب الواقع وقوانينه الكونية والاجتماعية المعهودة والثابتة لتأكيد مبدأ تواتر نصوص النقل انطلاقاً من خاصيّة الاطّراد في عادات الوجود عامّة. فألحّ على الأدلّة الخارجية الواقعة موقع الوجود مثل مفهوم قرائن الأحوال وسيلة من وسائل دعم قطعيّة الأدلة من سياقها الخارجي وبرهاناً يكسبها البعد اليقيني من الوجود الذي كان يبحث عنه الأصوليون المتكلمون طول تاريخ العلم.

ويلوح من هذا المنهج أنّ منطلقات النّظر العقلي العميقة والكونيّة لعناصر العرف وأركانه كمجاري العادات وقرائن الأحوال قد أثرت في الطريقة التي

شيّدت معالم نظرية المقاصد الشرعية مثلما كان لها دور في بناء أسسها المعرفية وطرق الاستدلال في الشريعة. فالشاطبي لم يكتفِ بالأدلة النقلية في التمييز بين المصالح الدنيوية ومفاسدها، بل نظر إليها من جهة مواقع الوجود التي تمثل العادة ركناً ثابتاً فيها. فجعلها معياراً للفصل بينهما وانتظام مراتب المصلحة ذاتها وما ينعقد من صلات بين مستوياتها، فضلاً عن اتخاذها أداة للاستدلال على منطق ذاك الترتيب. ثم تبيّن لنا دور ذاك المعيار في جعل المقاصد الأصلية والفرعية منسجمة ومتطابقة انطلاقاً من بيان ما ينهض به في عملية الإفهام، وذلك من خلال توظيف مفهوم «أمية الأمة»، ومدى أثره في التكليف بوضع حدود فاصلة بين المشقة ورفع الحرج. وكذلك الشأن فيما أفرزه ذاك الفصل من دور عضوي في الربط بين العاديات والعبادات بتجديد مفهوم التعبّد لإرساء مبدأ التوازن بينهما حتى يكون فهم الشريعة قائماً على الجمع بين أمرين: الأخذ بالحظوظ ما لم يخلّ بالواجب، وتركها ما لم يؤدّ الترك إلى محظور. وهكذا لم تخل النظريّة المقاصدية من هواجس إيديولوجية كان يعكسها واقع متأزّم ميزته اتساع الشقاق بين الفقهاء والمتصوفة من جهة وبين الفقهاء أنفسهم من جهة أخرى بسبب تحجّر الأدوات الأصولية التقليدية في وضع اجتماعي بدا مختلفاً عن سالف القرون التي سبقت الشاطبي. فكان التحدّي الأكبر هو كيفية مواجهة مشاكل مجتمع اختلطت فيه عادات أخذت تتبوأ مكانة عليا من النّاحية العمليّة في التشريع (الفروع والفتاوى). وقد يكون ذلك من الأسباب التي تفسّر استفحال ظاهرة الحيل الفقهية. وهو ما عبّر عن قصور تام في مواكبة علم الأصول التقليدي للمتغيّرات الاجتماعية. وكل ذلك يفسّر الرغبة في إنقاذ ذاك العلم بإيجاد منهج جديد يرأب الصدع بين الأسس النظرية المحافظة على منزلة الأدلّة النقلية الكبرى وأحكام فروع الفقه المطبقة والعمليّة بابتعادها تدريجياً عن ضوابط تلك الأصول ومقرّراتها بإحلال قانون العرف والعادة بديلاً لها.

وقد تكون من ثمار هذا المنهج إحكام الربط بين النّظري والعملي في

الأصول. وهي الإطار الذي عالج من خلاله الشاطبي إشكاليّة العرف في الشريعة. فوسّع من دلالته ليخرجها من السيّاق الاجتماعي المخصوص إلى السياق الكوني العام والمطلق. وأوجد من خلال تلك المقاربة رؤية ترتبط مباشرة بمفهوم التكليف الذي أراده مستوياً على مبدأ التوسّط. وكان ناظمها الأساسي موافقة مقاصد المكلّف لمقاصد الشارع. ومن ثمّ يمكن أن نفهم كيف أعاد ترتيب علاقة الفعل الإنساني البشري بالأسباب والمسببات لجعل المكلّف متحمّلاً لمسؤولية أفعاله دون تحمّل آثاره وتبعاته. وضمن هذه الرؤية الأشعرية للسببيّة الملتزمة بمبدأ التوفيق بين الإيمان بالقدرة الإلهية المطلقة والاعتراف بمسؤولية الإنسان عن أفعاله. كان المنهج إلى درء التعارض الظاهري بين الآيات القرآنية، ومن خلال جعل ركن النيّة من الفعل هو المعيار الشرعي الأهمّ في التوافق بين المقصدين.

ومن خلال هذا التوظيف لم يحسم الشاطبي الإشكالية الأصولية في اتجاه الاعتراف المباشر والرسمي بالعرف مصدراً للتشريع ودليلاً عليه، بل كان قصارى الجهد منصباً على كيفية مواءمة الأصول النّظرية الكلامية للشريعة مع التحوّلات الاجتماعية التي تعكسها الأعراف لبلوغ التوسّط في امتثال المكلّف بين المشاق ورفع الحرج والترخّص[1]. وبهذا المسعى جعلنا ندرك أنّ الشريعة بفهمها المقاصدي هي إطار الأحكام وليست جهازاً منتجاً لها[2]. وهذا ما أجاز للفقهاء ورجال الإفتاء والقضاة بجعل العرف مصدراً أساسياً في مختلف قضايا العملية لديهم وإن كان أصولياً غير معترف به.

* * *

(1) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص243.

(2) وهذا ما لخّصه بقوله الآتي: «الشريعة بحسب المكلفين كلية عامة، بمعنى أنه لا يختص بالخطاب بحكم من أحكامها الطلبية بعض دون بعض، ولا يحاشي من الدخول تحت أحكامها مكلف البتة». (م.ن)، ج2، ص244.

خاتمة الباب الثالث

اهتممنا في هذا الباب بتتبع مختلف الأدوار التي نهض بها العرف في محيط الفكر الأصولي وأفقه، سواء ضمن أبواب المدونة الفرعيّة أم خارجها أم فيما بينها وبين سائر مكونات الشريعة الإسلامية في تطور مدوناتها تاريخياً. وقد بدا لنا أنّ الدور الحيوي الذي اضطلع به، سواء في بناء سائر الأدلّة الأخرى أم تبريرها ومعاضدتها في الوظيفة التشريعية الفقهية، منطلقه في الغالب ما أثارته إشكالاته المطروحة في قضايا الاجتهاد والفتوى والقضاء، أو من خلال مراعاته أثناء بناء قواعد فقهية كان اهتمامها منصباً حول التقليص من حدّة الخلافات القائمة بين الفقهاء في الفروع. وكانت لتلك الجهود، دون ريب، أثرها الواضح في بلوغ علم الأصول مرحلة إعادة البناء والتشكّل وفقاً للرؤية المقاصدية التي جاءت نتيجة طبيعية للوعي بحدّة أزمة التشريع وانفصال الفقه عن الواقع. وكان ذاك سبباً كافياً لكي تتضمّن نظرية المقاصد عند الشاطبي انفتاحاً واسعاً على العرف بمختلف دلالته العقلية الكلاميّة والاجتماعيّة/ الفقهية. فغدا بمقتضاه أحد المكونات الأساسية التي اضطلعت بعدد من الأدوار سواء في بناء الأدلة المعرفية أم في تمييزها المصالح من المفاسد أو ترتيب أولوياتها. وما كان ذاك ليحدث لولا القدرة التأملية التي جعلت المفهوم يرتقي إلى مرتبة التجريد النّظري لبناء رؤية شمولية جامعة بين الديني والدنيوي. ويهمّنا في هذا المستوى الوقوف عند

الملاحظات التالية التي توجز دور العرف ومكانته في هذه الفصول ودلالاته في مسار تطوّر الفكر الأصولي:

ـ أولاً: إنّ العلاقة بين العرف والاجتهاد إنْ طغت عليها منذ المرحلة التأسيسيّة إلى حدود القرن الخامس رؤية تهمّش من منزلته وخصوصاً في الشروط التي ينبغي أن تتوافر في المجتهد والفتوى، فإنّ المرحلة التالية مع الجويني شهدت بداية تحوّل حين ألحّ على ضرورة توافر شرط «فقه النفس» عند المجتهد والمفتي على حدّ سواء، إضافة إلى الشروط الدينية والأخلاقية. وقد تكون تلك خطوة في اتجاه اعتبار الأعراف والعادات وأحوال الناس في الاجتهاد. وإذا كانت أسباب تجاهله مقابل الاعتناء بالشروط الأخرى ولاسيما النقليّة منها تعود إلى مرور الفكر الأصولي بمرحلة تأسيس المفاهيم وبناء المدونة وإرساخ الأدلّة النقليّة المعترف بها والمجمع عليها في ظل واقع مضطرب فإنّ المرحلة اللاحقة، التي عرفت فيها تلك المنظومة استقرارها في تسييج مبادئها الكبرى وغلق باب الاجتهاد نهائيّاً، قد سمحت بانفتاح على مدارك إضافية للعلوم إلى جانب العلوم النقلية. وذاك الذي مكّن من استكشاف العرف شرطاً من شروط مواكبة المجتهد لأحوال الواقع.

لقد اتضح هذا التغيّر لمّا تجلّى الوعي عندهم بتشعب قضايا المجتمعات وتعقدها مع مرور الزّمن وتبدّل الأوضاع. ويبدو أنّ ذاك التحوّل في المستوى النظري كان من نتائج ممارسة الاجتهاد في الواقع، وخصوصاً في المناطق البعيدة عن المركز التي تحمل إرثاً ثقافياً مختلفاً عن الديار الأصلية للإسلام بالمناطق العربيّة. ففي الشروط التي وضعت لوظائف القضاة ما شجّع هؤلاء الأصوليين على إدراج معرفة العادات والأعراف القوليّة والعمليّة شرطاً من شروط بناء الحكم القضائي الملزم والعملي خلافاً لفتوى الفقيه التي لا تخرج عادة عن مجرّد الإخبار بالحكم الشرعي. وقد لا ننكر دور مسار القضاء في إحداث تأثير عميق في التغييرات التي أصابت المبادئ الأصولية، وهو المجال الذي ارتبط عضوياً بوظيفة التعامل المباشر مع الأعراف منذ نشأته.

ولا أدلّ على ذلك من موقف المالكية الشهير الذي كان يجيز الأخذ بالرأي الضعيف المنسجم مع واقع العادات عملاً بالمصلحة وتقليصاً للنزاعات والخلافات. وهو ما كانوا يرونه مقصداً من مقاصد الشرع. ولذلك عدّ شرطاً من شروط الشهادة والبينة إضافة إلى أنه معيار من معايير تمييز العقود في العقارات عند ابن أبي الدّم.

ثانياً: إذا كان التشابه بين أحكام القضاء والفروع قائماً على تنوع الأحوال وكثرة النوازل والقضايا واستفحال الاستثناءات فإنّ سببه راجع إلى ارتباطهما المباشر بالأعراف والعادات وأحوال النّاس. وقد كانت القواعد الفقهية فنّاً من التشريع يعمل على ردّ المتعدد إلى قاعدة موحدة تحدّ من الخلافات الفقهية القائمة. ومن خلال بناء جل القواعد على مبدأ المصلحة برزت القواعد مسلكاً من مسالك الأصول وأفقاً لها. وارتبطت بالعرف ظاهرة قارة ومعياراً ثابتاً لتصنيف القواعد ذاتها لمحاولة الخروج عن الطابع المغلق للقاعدة الأصولية من جهة، وإكساب الفقه المرونة اللازمة أثناء التطبيق من جهة أخرى. وكان ابن عبد السلام مجسّداً لهذه الخطوة التي اعترف من خلالها بدور الأعراف في تحقيق الاندماج الاجتماعي وبنائه معياراً للمصلحة الدنيوية المعتمدة على العقل والتجارب والظنون المعتبرات. بينما وسّع القرافي أدلّة التشريع بإضافة أدلة الوقوع إلى جانب أدلّة النقل مدرجاً المعايير العرفية قواعد للحكم على قضايا العرف القولي في الأيْمان والطلاق والبيع والشراء. وعلى الرغم من الطابع العملي والنفعي الذي تم بمقتضاه توظيف العرف معياراً من معايير ترجيح المصلحة في القواعد ظلّ استحضار المعنى الكلامي التجريدي له تحت تأثير تيار المتكلّمين في الأصول بحثاً عن مفهوم واسع للمصلحة لا يتعارض مع الإيمان بالعقيدة والتسليم بها. وقد آل ذلك إلى تبلور تدريجي لمفهوم المقصد الشرعي.

ثالثاً: إنّ التراث الأصولي لم يكن مجرّد مجهود نظري متعالٍ عن قضايا الواقع. ولم يكن خاضعاً دائماً للقوالب التأسيسية الأولى عند نشأته، بل كان

متفاعلاً مع التطور الذي كان يحدث في المجالات الفقهية والتشريعية الأخرى مثل الفروع والفتاوى وأحكام القضاء. وهي مجالات كان فيها الاحتكاك بالواقع أعمق من الأصول. ولذلك من الطبيعي أن نشهد تشكّلاً لمجهودات قائمة في جوهرها على تعديلات متواصلة (constant adjustments) في سبيل مواءمة المسلمات النّظريّة بالسياقات العمليّة طول المراحل اللاحقة[1]. ويبدو أنّ مشكلة تعامل الفقهاء والقضاة مع العرف كانت أحد العوامل المباشرة المفسّرة لوجود هذه التعديلات. وقد بلغت أوجها مع الرؤية المقاصدية حين سعى الشاطبي إلى تجاوز حالة الصدام بين الرؤى التلفيقية المتذرعة بالحيل والرؤى المتشدّدة المطالبة باستعادة نقاء العقيدة من خلال إعادة ترتيب العلاقة بين المنقول والمعقول والموجود. وهي علاقات لم تخرج في الغالب عن إطارها الأشعري المقرّر سلفاً. فظلت، تبعاً لذلك، مشروعاً نظرياً لم يجسّمه الفقه على أرض الواقع. فكان التوسّل بالحيل الفقهية ظاهرة تفسّر استفحال الأزمة واستمرارها على الرغم من أنّ المرحلة اللاحقة للقرن الثامن/الرابع عشر كانت قد عرفت انفتاحاً واسعاً على العرف من قبل الفقهاء الأحناف مثل: السيوطي وابن نجيم وابن عابدين في القواعد.



(1) Shabana, Custom in Islamic Law and Legal theory, p.9.

الخاتمة العامة

استطاع منوال الشريعة القديم، ممثلاً في أصول الفقه، تشييد رؤية فكرية مميزة لعلاقة الإسلام بالعرف قامت في مجملها على ضبط مجال سلطته وفعله ضمن أطر الأدلة الأصلية والتبعيّة وتقييده بأدواتها التأويلية دون أن ينال اعترافاً رسمياً يغدو بمقتضاه دليلاً مستقلاً قائماً بذاته كما هو الشأن مع التشريع اليهودي الوسيط[1]. ولئن حافظت الإصلاحية الإسلامية الحديثة على هذا المنوال في مسعى لتبرير إيديولوجيا مقاومة الغزو القانوني الغربي الذي رافق الاستعمار السياسي والعسكري، ومن أجل الحفاظ على ديمومة الشريعة واستمرارها أمام ظاهرة اختراق الحداثة القانونية للمجتمعات الإسلامية منذ القرن التاسع عشر فإنّ ذلك لم يحل دون تجديد تلك المجتمعات لقوانينها وتشريعاتها، والانفتاح على الثقافة القانونية الغربية على الرغم ممّا كانت تحمله من مفاهيم ورؤى تختلف في جوهرها عن مقوّمات التصور التشريعي الإسلامي القديم وخلفياته.

ويظهر أن هذا الوضع التأويلي الجديد الذي أصبح يعيشه المسلمون في العصر الحديث قد كان حافزاً من الحوافز التي حرّكت همّة العديد من الباحثين العرب والمسلمين -وقد انهار كل ما كان يوحي بمعالم ذاك المنوال القديم- لإعادة فهم كيفية تشكّل الشريعة من الناحية التّاريخية وطرق تفاعل

---

(1) Libson : "On The Development of Custom as Source of Law in Islamic Law", in: Islamic Law and Society. p.132.

المسلمين معها على مدى قرون خلت. وقد وضح لدى الجميع أنّ ما كان يُتوهم بأنّه شريعة إلهية محضة ليس إلا تجسيداً لتفاعل المجتمعات على تنوعها وتعاقبها مع تعاليم النصوص المقدسة ومظهراً من مظاهر حكمة البشر في المواءمة بين المبادئ المتعالية التي تخترق التاريخ وصيغ التفاعل مع السياقات المتبدلة والمختلفة.

وإذا كان أحد مآخذ الفكر الإصلاحي الحديث نزعته نحو الاختزال والتيسير التي كان من آثارها تبسيط دلالات مصطلح العرف وجعله مقيّداً بمعانٍ عامّة مشتقة من مقرّرات تأويلية كلامية أشعريّة تنزع عن الكائن الإنساني أيَّ قدرةٍ ذاتيّة للتشريع، فإنّ مراجعة المفهوم في الصياغة اللغوية والاصطلاحية قد مكّننا من الوقوف على عدد من الإشكالات التي لخّصت لنا قدرة المدونة الأصولية على التفاعل مع تطور السياقات المختلفة، وكشفت في الآن ذاته عن تبوّؤ العرف في معانيه المتعدّدة مكانةً مرموقة ضمن أدلّة الأصول وإنْ كان ذلك محتجباً داخلها وضمنها.

لقد كان التداخل بين مصطلحَي العرف والعادة عند الأصوليين أكبر معضلات هذا البحث. وإذا كان عدد من العوامل الذّاتية في الثقافة الإسلامية يفسّر لنا هذا النّزوع، ومن أهمّها تأثير علم الكلام، فإنّ بعض تفسيرات الإناسة القانونية (Anthropologie juridique) ترجعه إلى طبيعة تمثّل القانوني في المجتمعات التقليدية عموماً. إذْ لا يحضر لديها إطلاقاً الفصل بين القانوني والأخلاقي والاجتماعي والدّيني والتمييز بينها خلافاً للمجتمعات الحديثة والقوانين الوضعيّة التي كرّسته نظرّياً وعمليّاً.

ولئن خضع كل مصطلح لمسار تطوّره الخاص فإنّنا نجد في المستوى الأعمق اتفاقاً وتداخلاً بينهما في عدد من الخصائص المشتركة شأنهما في ذلك شأن اللغات اللاتينية (Custom/Habit,Coutume /Habitude)؛ فكلاهما يدلّ على اطّراد بعض الممارسات والأعمال وتواترها دون أن تكون بالضرورة معللة منطقيّاً. وعلى الرغم من استعمالهما في غالب الأحيان

مترادفيْن فإنّ العرف يستعمل للدّلالة على العادة الجماعيّة. أمّا العادة فإنّها تستعمل للدّلالة على العادة الفرديّة دون سواها. وقد فرّق القانون الحديث بينهما في أنّ الأول ملزم ويتخذ صبغة قانونية والثانية غير ملزمة ولها صبغة اجتماعيّة اختيارية[1]. ومع ذلك يظلّ السؤال الأساسي المطروح على النّظام التشريعي الإسلامي، أو أي نظام آخر، في هذا الصدد: إلى أيّ مدى يمكن أنْ تمثّل بعض الأعمال والممارسات الشائعة مبرّراً كافياً حتى تغدو مادّة قانونية ملزمة تشريعياً وفقهيّاً؟ ففي الغالب الأعم لم يكن الاطّراد هو العنصر الأهمّ في بناء معيار القانونية بل الاعتراف بذاك الاطّراد. وهو ما كان ممكن الإنشاء بوساطة حكم فقهي أو قضائي أو أي وسيلة تشريعيّة أخرى نابعة من المؤسّسة. ويبدو أنّ تبنّي العرف في الشريعة الإسلامية كان يمرّ حتماً عبر الإجماع والإقرار بعدم تعارضه مع الأدلّة الأساسية المنصوص عليها في النصوص التأسيسية والمرجعية لها.

وعلى الرغم من اشتمال بعض آيات القرآن على إشارات صريحة أو ضمنية لمفهوم العرف ومشتقاته (المعروف) في ارتباط ببعض سياقات كانت قد جعلت المفهوم منفتحاً على دلالات شتّى فإنّ الأصوليين والفقهاء تعاملوا معه بالعودة إلى سياقات أخرى لا تتضمّن أياً من هذيْن المصطلحيْن، فقد كان همّهم الأقصى منصبّاً أكثر على طريقة تعامل تلك النّصوص مع العرف دون إعارة الاهتمام الكافي للتمييز بين العرف والعادة.

تحْملنا المراجعة الدقيقة والمتفحّصة للنّصوص المرجعيّة والتأسيسيّة إلى تبيّن عدم تعارض مفهوم العرف مع الشريعة من النّاحية المبدئيّة انطلاقاً من موقف فلسفي وتشريعي للخطاب القرآني، ذلك أنّ عدداً من آياته كانت تفترض في تصورها للخلق وجود حالة من الطبيعية فطرية يخلق عليها الإنسان في البداية ثم تتلاشى تدريجياً بفعل المؤثرات الاجتماعيّة والثقافية فيه. ومن

(1) عالية، سمير، نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، ص406.

ثمّ سوف تكون غاية الشريعة إعادة الكائن إلى الحالة الطبيعية الأولى بإحياء الفطرة والعودة إلى الدّين الحنيف[1]. وتعني تلك العودة تبنّي إرث الرسل والأنبياء. ومن ثمّ تأسّس بناء عليها التصور الذي جعل المادة التشريعية القرآنيّة الأولى العرفيّة والمستمدّة من الإرث العربي الجاهلي وإرث الأمم المحيطة بالفضاء منسوباً إلى السلف من إرث الأنبياء والرّسل. فكان الحلقة التي برّرت دينيّاً وبشكل ضمني صلة الترابط بين التشريعيْن اليهودي والإسلامي في اتجاه يؤسّس لمنطق النسخ باستعادة النقاء الأوّل المفترض. وتبلور في هذا المقام موقف الشريعة ودورها إمّا بإجازة تلك الأعراف المتوارثة وإبقائها، وإمّا برفضها واستهجانها. وهذا ما يجعلنا ندرك أنّ ما قدّمته الشريعة لم يكن جديداً ومستحدثاً بالنسبة إلى البيئة العربية في القرن السابع الميلادي. فبعض الأحكام كانت أعرافاً معتمدة وبعضها الآخر استُبعد ورُفض. وقد كان هذا الموقف دليلاً من الأدلّة التي استرشدت بها جلّ الجهود الأصولية والفقهية طول قرون من أجل تطبيق الشريعة في مختلف السياقات السوسيو- تاريخية. إلا أنّ ذلك لم يكن يعني آليّاً أنّ ما استهجنته الشريعة من الأعراف قد اندثر فعلاً. فبعضها أيضاً استمرّ وتمكّن من البقاء والتعايش مع الشريعة. وبدا جليّاً أنّ إلغاء أقوى الأعراف وأكثرها رسوخاً وثباتاً في الكيّان الاجتماعي قد غدا مهمّة عسيرة إن لم تكن مستحيلة. وتبعاً لذلك ظلّ التوتّر ميزة أساسيّة قائمة بين الشريعة والعرف. وانطلاقاً من أنّ الوحي الذي مثل المصدر الأوحد للحقيقة الدّينية لم يقبل جميع الأعراف فقد عنى ذلك آليّاً رفض الاعتراف بالعرف مصدراً مستقلاً للتشريع. ولما كانت الجماعة الإنسانية هي معيار الأعراف الحسنة والقبيحة فإنّ الحاجة كانت

---

(1) ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ ٱللَّهِ ٱلَّتِى فَطَرَ ٱلنَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ ٱللَّهِ ذَٰلِكَ ٱلدِّينُ ٱلْقَيِّمُ وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَ ٱلنَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الرُّوم: 30]، وحول هذه المسألة في الثقافة الإسلامية انظر: أومليل، علي: «الإصلاحية العربية والدّولة الوطنيّة»، دار التنوير، بيروت، ط1، 1985م، ص13-17.

ماسّة إلى مزيد من التحقّق والوثوق -في ظل هذا الوضع- من خلال الاستدلال العقلي والفقهي سعياً لبناء معيار موحّد بين الدّيني والإنساني. فلم يكن ما رآه المسلمون حسناً مقبولاً رسميّاً إلا من خلال الاستدلال النقلي الموثوق.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنّ تعامل المسلمين الأوائل مع العرف طول المرحلة الإسلامية الأولى كان متسماً بالعفوية والانفتاح قبل نشأة المؤسّسات بصيغتها الرّسمية والكتابية (بالمعنى الثقافي في الإناسة). فقد أسهمت جهود المدارس الفقهية الرّائدة طول القرنيْن الأوّليْن في المدينة والكوفة والشّام في تطوير التعامل مع العرف وتحويل جلّ قواعده إلى أحكام شرعيّة بإضفاء الصبغة الدّينية عليها، إما بإرجاعها إلى مفهوم السنّة الحيّة حينها وإمّا بردّها إلى طريق الإجماع وعمل أهل المدينة الذي كان يتنازع الشرعية الدّينية مع السنة ذاتها. بل قد تكون أهمّ مرحلة من مراحل تطوّر التعامل مع العرف مصدراً محتجباً خلف أدلّة ومفاهيم أصوليّة، وكذلك انطلاقاً من الجدل الكلامي حول مفهوم العادة الذي كان أحد أهم العوامل المساعدة التي وسّعت نطاق البحث في المفهوم الأصولي. ويعود الفضل في ذلك إلى جهود كوكبة من المتكلّمين مثل الباقلاني والجويني والغزالي ممن نقلوا مفاتيح المفاهيم الكلامية إلى الخطاب الأصولي. وقد تبدّى لنا من خلالها أنّ اعتماد متكلّمي المذهب الأشعري على مفهوم العادة لمعالجة عدد من المسائل الكلاميّة مثل السببية وحرية العبد ومسؤولية المكلّف قد أسهم في توسيع مفهوم العرف ودلالته. وكان لذاك الأثر البعيد في تغيير مناهج بناء الأدلّة الأصولية من الاعتماد المفرط على الحجج النقليّة إلى التوسّل بالأدوات المنطقية والعقلية والكلامية من أجل إعادة بناء الأصول وفق منهج جديد. فتبيّنا الطريقة التي وظّف من خلالها الجويني -وهو من أوائل الأصوليين المتكلّمين- مفهوم العادة لتأسيس حجية عقلية جديدة للأدلة الكبرى والمفاهيم الثابتة مثل الإجماع والتواتر. واستثمره الغزالي في ضبط

مفهوم العرف الشرعي. وإذا كانت تلك هي السمة المميزة لتعامل الأصوليين المتكلّمين مع العرف فإنّ مدرسة الفقهاء (الأحناف) قد ضمّنته في آليات القياس ودليل الاستحسان فيما استثمرته المالكيّة ضمن مفهوم عمل أهل المدينة لإدماجه مصدراً من مصادر التشريع، وأداة من أدوات القضاء في غياب البراهين القاطعة.

وعلى الرغم من استمرار تعامل جلّ الأصوليين مع هذا الدّليل عبر هاتيْن المقاربتيْن إلى حدود نهاية القرن الخامس الهجري. وبغض النّظر عن إجماعهم الكلّي على الأدلّة الأصلية الأربعة الكبرى ومراتبها، فإنّ المرحلة اللاحقة سوف تشهد محاولات للجمع بين الطّريقتيْن. وقد برز ذلك في قدرة العرف على التطوّر خارج المصادر الرئيسة الأربعة من خلال التوسّع في مباحث القياس وتطور مفهوم الاستدلال الذي ترسّخ فيه ضمن فروعه (الاستدلال بالعرف، الاستصحاب، شرع من قبلنا) وأخذ الأصوليون يكرّسونه مصدراً فرعياً وثانوياً.

وقد يذهب الظنّ بنا أحياناً إلى أنّ الأصوليين اقتصروا في معالجتهم الأصوليّة للعرف على صلاته بالمصادر والأدلّة. وهو ما يؤول بنا إلى مجرّد أحكام عامّة تقصر مباحث علم الأصول في تلك المجالات دون التفطّن إلى أنّ تصوره الأصولي مستمد في جوهره من طبيعة إدماجه ضمن الصيغ التأويلية المندرجة في صلب تلك المصادر وأهمّها التخصيص الذي تبنّاه الأصوليون لتعليل الاستثناءات الفقهية من الأحكام العامّة. إلا أنّ التخصيص به لم يكن قاعدة عامّة قابلة للتطبيق بشكل مسترسل دون قيود أو حدود، بل كان على الفقيه أنْ يعرض النّصوص على العرف بدل العكس. وفي هذا الإطار وضع الأصوليون عدداً من المبادئ المرشدة والموجهة والتي تضمن خضوع العرف لقواعد الشريعة، ولاسيما طرق فهم الأدلة الكبرى وفقاً للرؤية البيانية. فحتى يقع تخصيص النصّ على قاعدة العرف وجب أن يكون النصّ المراد تخصيصه قائماً في أساسه وجوهره على العرف. وبهذا المعنى إنّ التخصيص المقصود

هنا يغدو تخصيصاً للعرف عن طريق عرف آخر لا تخصيصاً مباشراً للنص بالعرف. ويُعدّ عرف الاستصناع أبرز مثال على ذلك في تخصيصه عن طريق السَّلم مثلما أبرزناه في إشكالية التخصيص بالعرف.

وفضلاً عن التوسع في القياس وتطور الاستدلال وتنوّع صيغ التأويل واصل العرف تطوره مفهوماً وتطبيقاً ضمن فنون تشريعية وفقهية أخرى محيطة بعلم الأصول وتقع ضمن أفقه وتتجسّد من خلال سيرورته النوعية والكميّة. وهي فنون أخذت تتشكّل مع توسّع الفروع الفقهية وتشعب النوازل والقضايا ومثّلت القواعد الفقهية أهمّ تجسيد لها. إذْ بدا لنا أنّ كمّاً هائلاً من توظيف العرف وتطبيقاته قد أخذ يتشكّل في صيغ مبادئ أساسيّة وقواعد كليّة وأغلبية. وكان التقاء العرف وقواعد الأصول في هذا الفنّ مساعداً على توحيد معايير أحكام متعددة في البيوع والإجارة. ولذلك ضُمّن في إحدى أهمّ القواعد الخمس الكبرى للفقه الإسلامي.

وفي مجال المقاصد كان العرف أهم الأدوات والأركان التي شيّدت على أساسه النّظرية، إذ استثمر الشاطبي التوسّع الكلامي في مفهوم العرف لبناء كلّيات الشريعة في محاولة للقطع مع المنهجية الأصوليّة الكلاسيكية للشافعي. فاستند إلى مفهوم مجاري العادات وسيلة للمواءمة بين الاستدلال السمعي والاستدلال العقلي في سبيل الخروج بمبادئ قطعية للشريعة لإنهاء حالة الخلاف الفقهي والشقاق السياسي والديني في حياة المسلمين في عصره. وبدت لنا تلك المنهجية منظِّمة لمصادر التشريع باستبعاد العرفان الصوفي والشيعي ومرتبطة عضوياً بأهم مقصد من مقاصد الشريعة ألا وهو تحقيق مصلحة العبد في الدّاريْن. وقد افترض في سبيل ذلك ثلاثة مقاصد فرعية أدرج فيها العرف مكوناً رئيساً للإفهام والامتثال والتكليف لضمان وضوح الشريعة وقابليّة تطبيقها وتعديلها وفقاً لتغيّر السّياق. وتظهر ميزة هذا المشروع وطرافته الكبرى في قدرة الشاطبي النّظرية على الرّبط بين الدلالة العقلية والكونية للعرف (العادات) ودلالته التشريعية الفقهية الاجتماعية، وفي

جعله معياراً من المعايير التي تبيّن مسألة التكليف الشرعي من خلال قيامها على مبدأ التوسّط بين وجهه العقائدي (الكسب) ووجهه الاجتماعي (المسؤولية عن سبب الفعل). وجسّد التعامل مع العرف في هذه المقاربة تطوّراً لافتاً للنّظر. فقد غدا مكوّناً جوهرياً من مكوّنات التشريع المقاصدي. وبدا لنا أنّ هذا التطوّر ما كان ليحصل لولا التوسّع الكلامي (العقلي) في دلالته من قبل أصوليين سابقين (البصري، والجويني، والغزالي). وتجلّت لنا الطرافة في اشتقاق هذا المفهوم من مبحث كلامي إيماني كانت غايته الاستدلال على مفهوم خرق العادة للبرهنة على صدق المعجزات ودفاعاً عن إحدى قيم الإيمان ألا وهي تصديق الرّسالة المحمّدية. إلّا أنّ الهاجس الإيماني حوّل المفهوم من السياق الكلامي إلى السياق الأصولي ليجعل من العرف أقرب إلى الدلالة في هذا المقام على نظام الكون الثابت كما خلقه الخالق دون نفي لاعتبار التجربة مصدراً للمعرفة التي تتوسّط ما بين العقل والنقل. ويبدو أنّ الاستدلال على معنى الثبات كان عائقاً معرفياً (إبستمولوجياً) أما استيعاب مبدأ التغيّر الذي بمقتضاه يقع تجويز تغيير الأحكام. ولئن كانت تلك بوادر مؤذنة باستمرار التوّتر فإنّها ظلّت خافتة إلى أنّ ظهرت بجلاء مع التغييرات الجوهرية في العصر الحديث.

لقد مرّ العرف باعتباره دليلاً أصولياً ومصدراً فقهياً إشكالياً بعدد من المراحل التي عكسها تطور طريقة التعامل معه، فبيّن أنّ مفهومه في الحقبة المبكرة لا يحمل الدلالة ذاتها فيما بعد القرن الخامس الهجري/ الحادي عشر الميلادي. ولذلك حتّم علينا البحث في مدى ما كان يفرضه من سلطة في الفقه والتشريع إلى تتبع تطوره التاريخي. وقد كشف لنا ذلك عن وجود ارتباط عضوي بين أدلّة الأصول ومصطلحاته يكاد يبلغ حدّ التداخل. فقد تشابكت دلالته بمفهوم السنّة النبوية في البداية، ثمّ عمل أهل المدينة، فالإجماع والاستحسان والتواتر. لكنّ هذا الارتباط لم يبلغ حدّ الالتباس لأنّ جميع هذه المفاهيم كانت تكتسب دلالتها الخاصّة من طبيعة الثقافة الإسلاميّة

وديمومتها الذاتيّة. ومع ذلك، فإنّ دراسة تاريخيّة للمفهوم تكشف لنا فعلاً عن أهمية إدراج هذه المفاهيم ضمن السّياق التاريخي والاجتماعي المخصوص من جهة وعن خصوصية كلّ مذهب فقهي على حدة.

وتبعاً لذلك، قد يغدو ضرورياً تحليل المجادلات الفكرية المتعلّقة بأهمّ المفاهيم الأصوليّة مثل القياس والاستحسان والعلّة لنتوصّل إلى بلورة رؤية تاريخية حول الخلافات تجعلنا نتوقّف عند معالم المسار العام المشترك للتصوّر الأصولي. فقد تبلورت صورة العرف في مدونات الأصول انطلاقاً من ذلك الجدل الطويل بين سائر الأصوليين والفقهاء من ناحية. وازدادت وضوحاً أكثر من خلال الصلة العضوية التي كانت تجمع بين مجالين من مجالات التشريع هما: أصول الفقه وفروعه.

وإذا كانت القواعد الفقهية الفنّ الذي أوجد آليات الارتباط بين ذيْنك المجاليْن فإنّ التطبيقات الفقهية، التي كانت تعكس صورة عن ممارسة الاجتهاد تاريخياً واجتماعيّاً، جسّدت واقع الإشكالات الفعلية التي واجهت المشرّعين في تعاملهم مع العرف، ومكّنتهم من تعديل معايير الاجتهاد والإفتاء والقضاء. وقد مكّنت مختلف المكوّنات الأصولية والفقهية لمفهوم العرف (مثل قرائن الأحوال، ومعرفة الناس في مخاطباتهم) من أن تكون أداة ناجعة دالّة على السياقات التي أثمرت تلك المكوّنات. وقد تتحوّل تلك المكوّنات أكثر بروزاً ووضوحاً في مجال التطبيقات الفقهية ولاسيما الفتوى والقضاء؛ إذْ لا تتوقف كفاءة المفتي أو القاضي في مجرّد التمكّن من المعارف النّظرية (الدّينية) فحسب، بل تمتدّ لتشتمل على طريقة تطبيق الأحكام على أرض الواقع وعلى الأوضاع المخصوصة التي يبرز فيها الاستثناء مما هو عام جليّاً. وقد أوجزها جلّ الأصوليين بعبارة «فقه النّفس». وفضلاً عن كلّ ذلك، برهن هذان المجالان على أنّ الشريعة لم تكن في الغالب الأعمّ مدونة من النصوص والأحكام الجاهزة التي تُطبّق آليّاً، بل هي مشروع متواصل لبناء الواقع الاجتماعي وفقاً للتعاليم الدينية الإلهية المتعالية.

قد نتساءل إثر هذا البحث، وبعد التوقف عند مفاصل الرؤية الأصولية المتعلّقة بهذه المسألة، عن أهميّة ذلك في عالمنا الحديث الذي لم يعد فيه إنتاج الشرائع والقوانين حكراً على الأصوليين والفقهاء ومؤسّسات الفتوى دون سواها؛ بل من صنع الدّولة ومجالسها ومؤسساتها وهيئاتها الدستوريّة. فما الجدوى حينئذٍ من مناقشة أدلّة أصوليّة قديمة مثل الإجماع والقياس والعرف؟ وإذا كان بديهياً الاعتراف بانتماء تلك النّظريات القانونية والتشريعية القديمة إلى واقعها القديم واستجابتها لمقتضياته وما كان ينتظرها مقابل انعدام صلتها بالواقع الحديث الذي يمتلك نظرياته ومناهجه القانونية الخاصّة به بما يجعل الفارق بينهما قاطعاً وواضحاً، فهل يغدو الانتقال من أحدهما إلى الآخر حتمياً وضرورياً لا مهرب منه؟

في الغالب تجنح بعض الأسئلة المطروحة أحياناً إلى طمس المشاغل الأساسيّة المفسّرة لوضع الإنسان وحالته وكينونته في مسار الزمان، بغضّ النّظر عن مشاغل واقعه الرّاهنة. ومن هنا قد يبدو مفيداً طرح بعضٍ من الإشكالات الجوهرية المتصلة بموضوعنا والموسّعة لآفاقه، وهي: ما القصد من التشريع؟ وما الغاية من القوانين؟ أمن الواجب بناؤهما وفق نظام أخلاقي أو فلسفي معيّن أم ينبغي فصلهما عن ذلك؟ ثم ما الصلة بين القانون والمعتقد الدّيني؟ وتحديداً ما علاقة المنظومة الفقهيّة الإسلامية القديمة بالنّظريات القانونية الحديثة ومناهجها؟

لقد ظلّ الإصلاح الدّيني موضوع جدل طويل وواسع بين النّخب المثقفة والأكاديمية طول القرنيْن السّابقيْن. وكان مجالاً تصارعت فيه الآراء والأفكار بين أتباع الحداثة وأنصار التقليد. وارتكز موقف التيار الأول على استبعاد أيّ دور ممكن لنظريات أصول الفقه في صياغة قوانين العصر الحديث فيما أصرّ عدد من باحثي الفريق الثاني على ضرورة خضوع الإصلاحات القانونية لمنوال قراءة معيّنة للتراث الفقهي الإسلامي. ولئن لم ينتهِ ذلك الجدل إلى حسم نهائي ومطلق يتجاوز مرحلة الصدمة والأسئلة والشكّ فلأنّ أسبابه ظلّت

قائمة لعلّ أبرزها يعود إلى ما ظلّ يعتري أسلوب تفكير الفريقيْن من قصور. ومما يعكس ذاك المظهر هو استمرار الجدل بين رؤية ترى الحلّ في اندثار الشريعة وانقراضها بحكم فعل قوى الحداثة وأخرى تتمثّل ذلك في ضرورة استبدال الإصلاحات القانونيّة الحديثة الشبيهة بالعرف الفاسد بما يوافق أحكام الشريعة ومبادئها مستقبلاً. مع أنّ النّظام القانوني الناجع والفاعل يقتضي توافر معياريْن كبيريْن يتلخصان في:

- أخذ خصوصية الواقع المستهدف تنظيمه في الاعتبار من خلال تقديم تصوّر شامل له دون الانخراط في معادلات تبسيطية واختزالية للواقع.
- أهميّة الوفاء للنّظام القانوني التاريخي للشعوب وخلفياته الثقافية دون الوقوع في خطاب تمجيد تجارب الأقدمين أو استهجان تجارب الآخرين.

إنّ التطوّر التاريخي الذي عرفه مفهوم العرف يبرز -لا محالة- أنّ القانون في وضع تشكّل دائم ومستمر، وأنّ العرف جزء لا يتجزأ من السياق الذي يعيد بناء ذاك القانون وتشكيله من جديد. ومن خلال هذه السيرورة ندرك مدى بلوغ علاقة التشريع بالعرف في التراث الأصولي والفقهي الإسلامي مرتبة التداخل التام إلى حدود الانصهار والتماهي. فالأول يستند إلى العرف لضمان قابلية التطبيق والتنفيذ. والثاني يجد في التشريع دعامة لضمان معيارية قانونية لازمة داخل المجتمع.

إنّ التعاليم الدّينية، التي ترافق عادة آيات الأحكام، تتخذ دائماً صبغة أخلاقية عميقة غايتها تكريس قيم اجتماعية يقوم جوهرها على مبدأ الإنصاف[1] وقد يكون العرف في معناه الظاهري صيغة من صيغ تنظيم الواقع

(1) يحسن الاطلاع في هذا السياق على الدراسة التي كتبها جون مقدسي حول الطرق التي ابتدعها الأصوليون لإدماج مبدأ الإنصاف في المنظومة التشريعيّة الإسلامية من خلال دليل الاستحسان الذي كان بدوره أداة لتبنّي العرف. راجع:
John Makdisi, "Legal Logic and Equity in Islamic Law", The American Journal of Comparative Law, Vol.33, No.1. Winter 1985,pp.63-92.

مُستمدّة من خلفيات وتصورات مرتبطة بسياقات اجتماعية وثقافية. إلا أنّ هذا التعريف قد يظهر في الغالب مضلّلاً ومراوغاً. ففي عمق الدلالة التجريدية العقلية يتطابق مع معنى الإنصاف. وهو ما انتبهنا إليه أثناء حفريات الدّلالة اللغوية الجامعة بين معاني الإحسان والانتظام والقبول والرّضا. فيكون جماع تلك المعاني مؤسّساً لمعيار أخلاقي في التعامل يتسمّى باسم العرف. وإذا كانت الكينونة الإنسانية ميالة، بحكم طبعها في الزّمان، إلى جعل معنى وجودها مرتبطاً بمنزع الإطلاق في القيم، فإنّ الجامع بين الدّيني والعرفي في عمقه ليس إلا الأخلاقي. ومن ثمّ يمكن أن نفهم الصلة التي أوجدها القدامى بين العرف الحامل لدلالة اجتماعية فقهية والعرف في معناه الفلسفي الذي أوجزوه في مبدأ «الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر»، وعَدَّه الغزالي أصل الإسلام وجوهر الدّين[1].

وعلى الرغم من ذلك لا يمكن إنكار أنّ التأويلية الأصولية القديمة، بحكم ما كان يتوافر لها من معارف وقيم وإكراهات سوسيو ثقافية، كانت تحوّل بيسر الصيغ العرفيّة المعتمدة إلى أحكام بسبب تداخل قيم الأخلاق مع قيم القانون والتشريع دون فصل أو تمييز مثلما هو الشأن في صلة العادة بالعرف. ويبدو أنّ المقتضيات التي كان يفرضها الواقع العملي هي من أسباب حصر المقاصد الأخلاقية والدّينية في الالتزام بتطبيق الأحكام التي كانت تصطدم دوماً بواقع متغير ومتشعب وغير منضبط لتصورات بدت عاجزة عن التطوّر بعد القرن الثامن للهجرة/ الرابع عشر للميلاد، وهو ما انتهى آلياً إلى مأزق تشريعي خطير آل إلى استحالة تطبيق الشريعة في العصر الحديث على الرغم من أنّه أسهم في بلورة فكرة المقاصد من النّاحية النظرية دون أن تصبح نظاماً فقهياً عملياً ناجعاً.

(1) راجع مقدّمة رضوان السيد لكتاب مايكل كوك: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في الفكر الإسلامي، ص19.

إنّ التحدّي الفعلي المطروح على المسلمين في العصر الحديث يتجسّم في انتقال التشريع الإسلامي من الاعتماد على العرف منطلقاً عمليّاً لمواجهة المشاكل التي يثيرها سياق معيّن إلى الاعتماد على القانون، ومن ثمّ التأقلم مع المنظومة الحقوقية الجديدة. ومن الطبيعي أن يصطدم العقل التشريعي الإسلامي بواقع ثقافي مغاير ظلّ التعامل معه عسيراً وصعباً، فإذا كان العرف بما ينطوي عليه من خصائص الارتباط بصفة القدم والانجذاب إلى سلطة الأسلاف من جهة وقابليّة التحوّل والتأقلم مع متغيرات الزمان والمكان من جهة أخرى، والمرور عبر ضمير الجماعة بدل الدّولة من جهة ثالثة، وهو ما جعله يتفاعل مع التشريع الإسلامي الوسيط والتقليدي ويساعده على الديمومة والاستمرار والبقاء طول الحقبة الوسيطة، فإنّ ظاهرة التقنين (La codification de la loi) الحديثة، بما تتسم به من اعتماد على سند المكتوب الصارم، إضافة إلى خلفيتها الفلسفية الوضعية المنطوية على رؤية مغايرة للإنسان والكون والمصير واستبعاد الأبعاد الذاتية والنفسية والغيبية، المفسّرة للظواهر الكونية قد جعلت المسلمين أمام تحدٍّ مصيري لم يُحسم إلى حدود أيامنا هذه. وتكمن بعض أسبابه في التعثّر المتواصل للعقل الإسلامي من أجل استيعاب متطلبات المرحلة التي تقتضي أولاً تفكيك العلاقة القديمة بين الفقه الإسلامي ومصادره غير المعلنة والمحتجبة خلف خطاب تأويلي يتوسّل بالدّيني لتحقيق شرعية متعالية تدّعي الصلاح المطلق في كلّ زمان ومكان.



قائمة المصادر[1]

1- المصادر الأصوليّة السنيّة:

المصادر الأصوليّة الحنفيّة:

- الجصّاص، أحمد بن علي الرّازي [ت 370هـ/ 980م]، الفصول في الأصول، تحقيق عجيل جاسم النمشي، وزارة الأوقاف، الكويت، ط4، 1994م.
- الدبّوسي، أبوزيد [ت 430هـ/ 1039م]:
  - تأسيس النّظر، تحقيق مصطفى محمّد القبّاني الدمشقي، دار ابن زيدون، بيروت، مكتبة الكلّيات الأزهريّة، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
  - تقويم الأدلّة في أصول الفقه، تحقيق خليل محيي الدّين الميس، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 2001م.
- السرخسي، محمد بن أحمد [ت 483هـ/ 1090م]، أصول السرخسي، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1993.
- اللّامشي، أبو الثناء [توفي في النصف الأول من القرن 6هـ/ 12م)، أصول اللّامشي، تحقيق عبد المجيد التّركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1995م.

---

(1) مرتبة ترتيباً تاريخياً بحسب تاريخ وفاة المؤلفين.

- البخاري، علاء الدّين [ت 730هـ/ 1330م]، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق عبد الله محمود محمّد عمر، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1997م.
- ابن أمير الحاج، شمس الدّين [ت 879هـ/ 1474م]، التقرير والتحبير، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط2، 1983م.

المصادر الأصوليّة المالكيّة:

- الباجي، أبو الوليد [ت 474هـ/ 1081م]، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق عبد المجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1995م.
- ابن العربي، أبو بكر بن محمد [ت 543هـ/ 1148م]، المحصول في أصول الفقه، تحقيق حسين علي اليدري وسعيد فودة، دار البيارق، عمان، ط1، 1999م.
- ابن الحاجب، جمال الدّين [ت 646هـ/ 1249م]، منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1908م.
- القرافي، شهاب الدّين [ت 648هـ/ 1285م]:
  - شرح تنقيح الفصول، تحقيق طه عبد الرّؤوف سعد، شركة الطباعة المتجددة، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
  - نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود ومحمد علي معوّض، المكتبة العصريّة، بيروت، ط4، 2005م.
  - الفروق، أنوار البروق في أنواء الفروق، تحقيق خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998م.
  - العقد المنظوم في العموم والخصوص، تحقيق أحمد الختم عبد الله، المكتبة المكيّة، مكّة، ط1، 1999م.

- ابن جُزي، أبو القاسم [ت 741هـ/ 1340م]، تقريب الوصول إلى علم الأصول، تحقيق المختار الشنقيطي، المدينة المنورة، ط2، 2002م.
- الشاطبي، أبو إسحاق [ت 790هـ/ 1388م]، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله درّاز، المكتبة التجاريّة الكبرى، مصر، (د.ط)، (د.ت).

المصادر الأصوليّة الشافعيّة:

- الشافعي، محمد بن إدريس [ت 204هـ/ 820م]، الرّسالة، تحقيق أحمد محمّد شاكر، دار الكتب العلميّة، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- الشيرازي، أبو إسحاق [ت 476هـ/ 1083م]، شرح اللّمع، تحقيق عبد المجيد التّركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1988م.
- الجويني، أبو المعالي [ت 478هـ/ 1085م]:
  - البرهان في أصول الفقه، تحقيق عبد العظيم الدّيب، دار الأنصار، القاهرة، ط1، 1979م.
  - التلخيص في أصول الفقه، تحقيق عبد الله جولم النبالي وبشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلاميّة، بيروت، (د.ت).
- السمعاني، أبو المظفّر منصور [ت 489هـ/ 1096م]، قواطع الأدلّة في أصول الفقه، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1999م.
- الغزالي، أبو حامد [ت505هـ/ 1111م]:
  - المستصفى في علم الأصول، تحقيق محمد بن سليمان الأشقر، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط1، 1997م.
  - المنخول، تحقيق محمّد حسن هيتو، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر، دمشق، ط3، 1998م.
- الرّازي، فخر الدّين [ت 606هـ/ 1210م]، المحصول في علم الأصول، تحقيق طه جابر فيّاض العلواني، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، ط2، 1997م.

- الآمدي، سيف الدّين [ت 631هـ/ 1233م]، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط4، 1984م.
- الزنجاني، شهاب الدّين [ت 656هـ/ 1258م]، تخريج الفروع على الأصول، تحقيق محمد أديب صالح، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط2، 1978م.
- الإسنوي، جمال الدّين [ت 772هـ/ 1370م]:
  - نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1999م.
  - التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق محمد حسن هيتو، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط1، 1979م.
- التفتازاني، سعد الدّين [ت 792هـ/ 1390م]، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح، القاهرة، (د.ت).
- الزّركشي، محمّد بن بهادر [ت 794هـ/ 1392م]، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق محمد محمد ثامر، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 2000م.

المصادر الأصوليّة الحنبليّة:

- العكبري، الحسن بن شهاب [ت 428هـ/ 1037م]، رسالة في أصول الفقه، تحقيق موفق بن عبد الله بن عبد القادر، المكتبة المكيّة، مكة المكرّمة، ط1، 1992م.
- ابن الفرّاء، أبو يعلى [ت 458هـ/ 1066م]، العدّة في أصول الفقه، تحقيق أحمد بن علي بن سير المباركي، دون ناشر، ط2، 1990م.
- الكلوذاني، أبو الخطّاب [ت 510هـ/ 1116م]، التمهيد في أصول الفقه، تحقيق مفيد محمد أبو عمشة، جامعة أم القرى، مكة المكرّمة، ط1، 1985م.

- ابن عقيل البغدادي، أبو الوفاء [ت 513هـ/ 1119م]، الواضح في أصول الفقه، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، ط1، 1999م.
- آل تيميّة، مجد الدّين (عبد السلام)، وشهاب الدّين (عبد الحليم)، تقي الدّين [ت 705هـ/ 1307م]، المسوّدة في أصول الفقه، تحقيق محيي الدّين عبد الحميد، مطبعة المدني، القاهرة، (د.ت).
- الطوفي، نجم الدّين [ت 716هـ/ 1259م]، شرح مختصر الرّوضة، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط1، 1987م.
- ابن قيم الجوزية، عبد الله محمد [ت 751هـ/ 1349م]:
  - إعلام الموقّعين عن ربّ العالمين، تحقيق طه عبد الرّؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، (د.ط)، 1973م.
  - الطرق الحكميّة، تحقيق محمّد جميل غازي، دار المدني، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).

المصدر الأصولي الظّاهري:

- ابن حزم، أبو محمّد علي [ت 456هـ/ 1064م]، الإحكام في أصول الأحكام، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1983م.

2- المصادر الأصوليّة غير السنيّة

المصدران الأصوليّان الاعتزاليان:

- القاضي عبد الجبار، أبو الحسن [ت 415هـ/ 1025م]، المغني في أبواب العدل والتوحيد، الدار المصريّة للتأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1965م.
- البصري، أبو الحسين [ت 436هـ/ 1044م]، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق محمد حميد الله، ومحمد بكر وحسن حنفي، المعهد العلمي الفرنسي للدراسات العربيّة، دمشق، 1964م.

المصدر الأصولي الإباضي:

- الورجلاني، أبو يعقوب [ت 570هـ/ 1175م]:
  - العدل والإنصاف في معرفة أصول الفقه والاختلاف، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، (د.ط)، 1984م.
  - الدّليل والبرهان، المطبعة البارونيّة، القاهرة، (د.ط)، 1306هـ.

المصادر الأصوليّة الشيعيّة:

- الشيخ المفيد، أبو عبد الله محمّد بن النعمان [ت 413هـ/ 1022م]، مختصر التذكرة بأصول الفقه، تحقيق مهدي نجف، نشر المؤتمر العالمي لألفية الشيخ المفيد، ط1، 1992م.
- الطّوسي، أبو جعفر [ت 460هـ/ 1067م]، عدّة الأصول، تحقيق محمد رضا الأنصاري القمّي، مؤسّسة آل البيت، قم، (د.ط)، (د.ت).
- الحلّي، أبو القاسم نجم الدين [ت 676هـ/ 1278م]، معارج الأصول، تحقيق محمد حسين الرّضوي، مؤسسة آل البيت، قم (إيران)، ط1، 1983م.



قائمة المراجع

1- في اللّسان العربي[1]:

- إبراهيم (مصطفى)، والزيّات (أحمد)، والنجّار (محمد)، المعجم الوسيط، دار الدعوة، (د.ت).
- ابن أبي الدم، شهاب الدّين، كتاب أدب القضاء، تحقيق محمد عبد القادر محمد عطا، دار الكتب العلميّة، ط1، 1987م.
- أحمد الحمداني، شعيب، قانون حمّورابي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، بيت الحكمة، 1987-1988م.
- أحمد فريد، سماح، «الحداثة والتقاليد المبتدعة: رؤيا لقضايا الثبات والتغيير وإعادة التشكّل»، مجلّة التفاهم، العدد 13، شتاء 2006م، (عدد إلكتروني).
- أرسطو، علم الأخلاق إلى نيقوماخوس، ترجمة أحمد لطفي السيّد، مطبعة دار الكتب المصريّة، القاهرة، 1924م.
- أركون، محمّد، معارك من أجل الأنسنة في السياقات الإسلامية، ترجمة هاشم صالح، دار الساقي، بيروت، 2001م.
- الأشعري، أبو الحسن، مقالات الإسلاميين واختلاف المصلّين، تحقيق محمد محيي الدّين عبد الحميد، المكتبة العصريّة، بيروت، 1990م.

---

(1) مرتبة ترتيباً ألفبائياً بحسب ألقاب المؤلّفين، دون اعتبار «ابن» «أبو» أو «الـ» التعريف.

- الألفي، محمّد جبر، العرف: بحث فقهي مقارن، مجلّة مجمع الفقه الإسلامي، جدّة، العدد5، 1988م، ص2678-2708.
- ابن أنس، مالك:
  - المدونة الكبرى، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلميّة، بيروت، (د.ت).
  - الموطّأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، 1985م.
- الأوزجندي، فخر الدّين، فتاوى قاضيخان، دار المعارف، بيروت، 1973م.
- أومليل، علي، الإصلاحية العربية والدّولة الوطنيّة، دار التنوير، بيروت، ط1، 1985م.
- أونج، والتر، الشفاهيّة والكتابيّة، تعريب حسن عز الدّين البنّا، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1994م.
- البابرتي، شمس الدّين، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- الباجي، أبو الوليد، فصول الأحكام، تحقيق محمّد أبو الأجفان، دار ابن حزم، بيروت، ط1.
- بارتشت، برجيتيه، مناهج علم اللغة من هرمان باول إلى نعوم تشومسكي، تعريب سعيد حسن بحيري، دار المختار، القاهرة، ط1، 2004م.
- الباقلاني، أبو الطيّب، التمهيد، تحقيق الأب ريتشارد يوسف ماكارثي، المكتبة الشرقيّة، بيروت، 1957م.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، دار الشعب، القاهرة، ط1، 1987م.

- بدران، محمد، القانون الإنجليزي: دراسة في تطوره التّاريخي ومصادره القانونيّة، دار النهضة العربيّة، القاهرة، 1989م.
- براهم، سامي، نقد العقل الأصولي: دراسة تحليليّة نقديّة لأصول الفكر المعتزلي، منشورات كارم الشريف، تونس، ط1، 2014م.
- البرديسي، محمد زكريا، أصول الفقه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، (د.ت).
- البشري، طارق، الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي، دار القاهرة، دار الشروق، ط1، 1996م.
- البغدادي، أبو بكر، الفقيه والمتفقه، تحقيق عادل بن يوسف العزاري، دار ابن الجوزي، الدمّام، ط1، 1996م.
- البغدادي، عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1999م.
- بقبق، محمّد، مدخل عام لدراسة القانون، مركز النّشر الجامعي، ط1، 2002م.
- البلاذري، أحمد، فتوح البلدان، تحقيق عبد الله أنيس الطباع وعمر أنيس الطباع، مؤسسة المعارف، بيروت، 1987م.
- البلتاجي، محمّد، منهج عمر بن الخطّاب في التشريع، دار الفكر العربي، بيروت، (د.ت).
- البلخي، نظام الدّين، الفتاوى الهنديّة، دار الفكر، بيروت، ط2، 1989م.
- بلعيد، الصادق، القرآن والتشريع، مركز النّسر الجامعي، تونس، ط1، 1999م.
- ابن إبراهيم، محمد، الاجتهاد والعرف، دار السلام، القاهرة، دار سحنون، تونس، ط1، 2009م.
- بن بيّة، عبد الله محفوظ، أمالي الدّلالات ومجالي الاختلافات، المكتبة المكيّة، مكة المكرّمة، ط1، 1999م.

- بن سعيد، سعيد:
  - الفقه والسياسة، دار الحداثة، بيروت، ط1، 1982م.
  - «الاجتهاد والتّعليل»، مجلّة الاجتهاد، بيروت، العدد الثامن، السنة الثانية، صيف 1990م، ص75-104.
- ابن الطّيب، محمد، فقه التصوف عند أبي إسحاق الشاطبي، دار الطليعة، بيروت، ط1، 2010م.
- ابن عامر، توفيق، منزلة أصول الدّين بين سائر العلوم الشّرعيّة، المركز القومي البيداغوجي، تونس، 1988م.
- بولتمان، مسألة الهرمينوطيقا، ترجمة د.علي حاكم صالح، مجلّة قضايا إسلامية معاصرة، العدد 59ـ60، صيف/ خريف 2014م.
- الترمذي، محمّد بن عيسى، السنن، تحقيق أحمد محمّد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ت).
- التميمي، أبو العرب، كتاب المحن، تحقيق يحيى وهيب الجبوري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط3، 2006م.
- التميمي، يعقوب الباحسين، التخريج عند الفقهاء والأصوليين، مكتبة الرّشد، الرّياض، (د.ط)، 1994م.
- ابن تيميّة، تقي الدّين:
  - مجموع الفتاوى، تحقيق أنور الباز وعامر الجزّار، دار الوفاء، القاهرة، ط3، (د.ت).
  - القواعد النورانية الفقهية، تحقيق محمد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية، القاهرة، ط1، 1951م.
- الجابري، محمد عابد:
  - بنية العقل العربي: دراسة تحليلية نقدية لنظم المعرفة في الثقافة العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط9، 2009م.
  - تهافت التهافت، انتصاراً للرّوح العلميّة وتأسيساً لأخلاقيات الحوار، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط1، 1998م.

- نحن والتراث، المركز الثقافي العربي، بيروت، ط6، 1993م.
- الجاحظ، أبو عثمان عمرو:
  - البيان والتبيين، تحقيق عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، 1988م.
  - الحيوان، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، (د.ت).
- الجرجاني، عبد القاهر، دلائل الإعجاز، تحقيق محمود محمد شاكر، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط5، 2005م.
- الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت.
- الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط2، 2003م.
- الجعبيري، فرحات، نظام العزابة الوهبيّة في جربة، المعهد القومي للآثار، تونس، (د.ط)، 1975م.
- جعيّط، هشام:
  - تاريخية الدّعوة المحمّديّة في مكّة، دار الطليعة، بيروت، ط1، 2007م.
  - الفتنة: جدليّة الدّين والسّياسة في الإسلام المبكّر، تعريب خليل أحمد خليل، دار الطليعة، بيروت، ط4، 2000م.
- الجلاصي، بثينة، القياس أصلاً من أصول الفقه، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 2011م.
- جويرو، زهية، القصاص في النّصوص المقدّسة، قراءة تاريخيّة، دار المعرفة للنشر، تونس، ط1، 2007م.
- الجويني، أبو المعالي:
  - الإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد، تحقيق محمد يوسف موسى وعلي عبد المنعم عبد الحميد، مكتبة الخانجي، القاهرة، 2002م.

- غياث الأمم والتياث الأمم، تحقيق مصطفى حلمي وفؤاد عبد المنعم، دار الدّعوة، الإسكندرية، (د.ت).
- نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق عبد العظيم الدّيب، دار المنهاج، القاهرة، ط1، 2007م.
- الجيدي، عمر عبد الكريم، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، مطبعة دار فضّالة، المحمّدية (المغرب)، 1982م.
- ابن حبيب، أبو جعفر، المحبّر، تحقيق إليزة ليختن شتير، دار الآفاق الجديدة، بيروت، (د.ت).
- ابن الحجّاج، مسلم، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ت).
- الحدّاد، محمّد، محمّد عبده: قراءة جديدة في خطاب الإصلاح الدّيني، دار الطليعة، بيروت، ط1، 2003م.
- الحسن، علي حاتم، التفكير الدّلالي في الفكر الإسلامي (الغزالي نموذجاً)، دار التنوير، بيروت، ط1، 2012م.
- حسنين، محمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلاميّة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، تمّوز/ يوليو 1989م.
- حسين، فايز، «العرف والتشريع في النّظام القانوني الرّوماني اللّاتيني الفرنسي والنّظام الأنجلوسكسوني»، مجلّة التسامح، العدد 24، خريف 2008م، (عدد إلكتروني).
- أبو حفص الحنفي، سراج الدّين، الغرّة المنيفة في تحقيق مسائل أبي حنيفة، مؤسّسة الكتب الثقافية، بيروت، ط1، 1986م.
- حلاق، وائل:
  - الدولة المستحيلة: الإسلام والسّياسة ومأزق الحداثة الأخلاقي، ترجمة عمرو عثمان، المركز العربي للأبحاث ودراسة السّياسة، الدّوحة، ط1، 2014م.

- تاريخ النّظريات الفقهية في الإسلام: مقدمة في أصول الفقه السنّي، ترجمة أحمد موصللي، دار المدار الإسلامي، بيروت، ط1، 2007م.
- نشأة الفقه الإسلامي وتطوّره، ترجمة رياض الميلادي، دار المدار الإسلامي، بيروت، ط1، 2007م.
- حمّادي، إدريس، الخطاب الشرعي وطرق استثماره، المركز الثقافي العربي، بيروت، ط1، 1994م.
- حمد المزروعي، فاطمة، المنافرات في أدب ما قبل الإسلام، هيئة أبو ظبي للثقافة والتراث، أبو ظبي، ط1، 2009م.
- حمّيش، بنسالم، التشكّلات الإيديولوجية في الإسلام، دار المنتخب العربي، بيروت، ط1، 1993م.
- ابن حنبل، أحمد، المسند الجامع، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1995م.
- الخضري بك، محمد، أصول الفقه، المكتبة التجاريّة الكبرى، مصر، ط6، 1969م.
- ابن خلدون، عبد الرحمن، المقدّمة، دار الكتب العلميّة، بيروت، (د.ت).
- الخليلي، أفلح، المساقاة، طبعة إلكترونية بالمكتبة الشاملة الإباضية، موقع واحة الإيمان: (www.waleman.com).
- أبو داود، الحافظ بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق محيي الدّين عبد الحميد، المكتبة العصريّة، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- الدسوقي، محمد، نظرة نقديّة في الدّراسات الأصوليّة، دار المدار الإسلامي، بيروت، ط1، 2004م.
- الدميري، محمد بن موسى، حياة الحيوان الكبرى، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط2، 2003م.
- الدّوري، عبد العزيز، تاريخ العراق الاقتصادي في القرن الرّابع، دار المشرق، بيروت، ط2، 1974م.

- ذويب، حمّادي:
  - الإجماع والقياس والعرف عند الأصوليين حتى القرن 6هـ/ 12م، تونس، منشورات المركز القومي البيداغوجي، 1988م.
  - جدل الأصول والواقع، دار المدار الإسلامي، بيروت، ط1، 2009م.
  - السنّة بين الأصول والتّاريخ، المركز الثقافي العربي، بيروت، ط1، 2005م.
  - «تجديد أصول الفقه الحنفيّة: أبو بكر الجصّاص أنموذجاً»، مؤمنون بلا حدود الإلكتروني: (www.Mouminoun.com.) بتاريخ: 22/ 02/ 2014م.
- الرّازي، محمد أبو بكر، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1995م.
- ابن رجب الحنبلي، زين الدّين، القواعد، دار الكتب العلميّة، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- الرحموني، محمّد، «في العلاقة بين مفهوم الجاهليّة القرآني ومفهوم البداوة الخلدوني»، مجلة إضافات، العددان: الثالث والرابع، صيف وخريف 2008م، ص82-96.
- ابن رشد، أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى بابي الحلبي، القاهرة، ط4، (د.ت).
- الرّوقي، محمّد، القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي، دار التراث للدراسات الإسلامية وإحياء التراب، دبي، (د.ط)، 2003م.
- أبو رية، محمود، أضواء على السنّة النبوية، دار المعارف، القاهرة، ط6، (د.ت).
- الرّيسوني، أحمد، نظريّة المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، بيروت، ط4، 1995م.

- الزبيدي، مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق مجموعة من المحقّقين، دار الهداية، (د.ط)، (د.ت).
- الزرقا، مصطفى:
  - المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1998م.
  - نظام التأمين: حقيقته ورأي الشرع فيه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1984م.
- الزركشي، محمد بن بهادر:
  - البرهان في علوم القرآن، تحقيق محمّد أبو الفضل إبراهيم، دار التراث،القاهرة، ط2، 1984م.
  - المنثور في القواعد، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف، الكويت، ط1، 1982م.
- الزركلي، خير الدّين، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط15، 2002م.
- زكريا، ميشال، الألسنية التوليديّة وقواعد اللّغة العربيّة (النّظريّة اللّسانيّة)، المؤسّسة الجامعيّة للدّراسات والنّشر والتوزيع، بيروت، ط2، 1986م.
- أبو زهرة، محمّد:
  - أصول الفقه، دار الكتاب العربي، (د.ت).
  - مالك، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، (د.ت).
- زيد، مصطفى، المصلحة في التشريع الإسلامي، دار اليسر، القاهرة، (د.ت).
- أبو زيد، نصر حامد:
  - مفهوم النصّ: دراسة في علوم القرآن، المركز الثقافي العربي، بيروت، ط4، 1998م.
  - النصّ، السلطة، الحقيقة، المركز الثقافي العربي، بيروت، ط1، 1995م.

- الزيلعي، جمال الدّين:
  - تبيين الحقائق: شرح كنز الدّقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الأميريّة الكبرى، القاهرة، ط1، 1869م.
  - نصب الرّاية، تحقيق محمد عوامّة، مؤسّسة الرّيان، بيروت، ط1، 1997م.
- سالم، محمد شمس الدّين، تيسير القواعد المنطقية، مطبعة أبناء وهبة محمّد حسّان، القاهرة، ط4، 1981م.
- السبكي، تاج الدّين:
  - الأشباه والنّظائر، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1991م.
  - رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تحقيق محمد علي معوّض وعادل أحمد عبد الموجود، دار عالم الكتب، بيروت، ط1، 1999م.
- السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، تحقيق خليل محيي الدّين الميس، دار الفكر، بيروت، ط1، 2000م.
- السكاكي، أبو يعقوب، مفتاح العلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1987م.
- السلمي، عياض، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، الدّار التدمريّة، الرّياض، ط1، 2005م.
- أبو سنة، أحمد فهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء: عرض لنظرية في التشريع الإسلامي، مطبعة الأزهر، القاهرة، 1948م.
- سوبيو، آلان، الإنسان القانوني: بحث في وظيفة القانون الأنثروبولوجيّة، تعريب عادل بن نصر، مركز دراسات الوحدة العربيّة، بيروت، ط1، 2012م.
- السّيد، رضوان:
  - الأمة والجماعة والسّلطة: دراسات في الفكر السّياسي العربي، دار اقرأ، بيروت، ط2، 1987م.

- «الشافعي والرّسالة: نظرة في التكوّن التّاريخي للنّظام الفقهي»، مجلة الاجتهاد، العدد8، السنة الثانية، صيف1990م، ص65-74.
- سيرل، جون. ر، بناء الواقع الاجتماعي: من الطبيعة إلى الثقافة، ترجمة حسنة عبد السميع، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ط1، 2012م.
- السّيوطي، جلال الدّين:
  - الأشباه والنّظائر، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1983م.
  - تاريخ الخلفاء، تحقيق حمدي الدمرداش، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط1، 2004م.
  - تنوير الحوالك شرح موطّأ مالك، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، 1969م.
  - لباب النقول في أسباب النزول، دار إحياء العلوم، بيروت، (د.ت).
- شارودو (باتريك)، ومونغنو(دومنيك)، معجم تحليل الخطاب، تعريب حمادي صمود وعبد القادر المهيري، دار سيناترا للنشر والمعهد الوطني للترجمة، تونس، ط1، 2012م.
- الشاطبي، أبو إسحاق، الاعتصام، المكتبة التجاريّة الكبرى، مصر، (د.ت).
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1990م.
- الشرفي، عبد المجيد، لبنات، دار الجنوب للنشر، تونس، (د.ط)، 1994م.
- شلبي، محمد مصطفى:
  - أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983م.

- تعليل الأحكام، مطبعة الأزهر، القاهرة، (د.ط)، 1947م.
- شلق، الفضل، الأمّة والدّولة، دار المنتخب العربي، بيروت، ط1، 1993م.
- شمّام، محمود، «العرف: فقهاً وقانوناً»، مجلّة الهداية، العدد 3، السنة 20، تشرين الأول/أكتوبر - كانون الأول/ديسمبر، 1993م.
- الشيرازي، أبو إسحاق، المعونة في الجدل، تحقيق علي عبد العزيز العمريني، جمعيّة التراث، الكويت، ط1، 1987م.
- صحراوي، عز الدين، «اللغة بين اللّسانيات واللّسانيات الاجتماعيّة»، مجلّة العلوم الإنسانيّة، جامعة بسكرة، العدد5، شباط/فبراير 2004م، ص145-157.
- صحراوي، مسعود، التداوليّة عند العلماء العرب، دار الطليعة، ط1، 2005م.
- الصغير، عبد المجيد، الفكر الأصولي وإشكاليّة السلطة العلميّة في الإسلام، دار المنتخب العربي، بيروت، ط1، 1994م.
- ابن الصلاح، تقي الدّين:
  - أدب المفتي والمستفتي، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1986م.
  - مقدّمة ابن الصلاح، تحقيق نور الدّين عتر، دار الفكر المعاصر، بيروت، (د.ط)، 1986م.
- الصنعاني، أبو بكر، مصنف عبد الرّزاق، تحقيق عبد الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403هـ.
- طاع الله، محمد، أصول الفقه عند المحدثين، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالقيروان، ط1، 2000م.
- أبو طالب، صوفي، الوجيز في القانون الرّوماني، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 1965م.

- الطبري، أبو جعفر:
- جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرّسالة، ط1، 1980م.
- تاريخ الأمم والملوك، دار الكتب العلمية، بيروت، 1980م.
- الطّحاوي، أبو جعفر، مشكل الآثار، دار صادر، بيروت، (د.ت).
- الطوسي، أبو جعفر:
- الخلاف، تحقيق علي الخرساني وجواد الشهرستاني ومهدي طه نجف، مؤسسة النّشر الإسلامي، قم، (د.ط)، 1993م.
- المبسوط في فقه الإمامية، تحقيق محمد باقر البهبودي، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، (د.ت).
- الطوفي، نجم الدّين، التعيين في شرح الأربعين، تحقيق أحمد حاج محمد عثمان، مؤسّسة الرّيان، بيروت، المكتبة المكيّة، مكة المكرّمة، ط1، 1998م.
- ابن عابدين، زين الدّين:
- مجموعة رسائل ابن عابدين، (د.ط)، (د.ت).
- حاشية ردّ المحتار على درر المختار شرح تنوير الأبصار، مكتبة مصطفى بابي الحلبي، القاهرة، 1966م.
- عالية، سمير، نظام الدّولة والقضاء والعرف في الإسلام، المؤسسة الجامعيّة للدراسات والنّشر والتوزيع، بيروت، 1999م.
- العاملي، محمد جمال الدين:
- الروضة البهية في شرح اللمعة الدّمشقية، دار التفسير، قم، 2006م.
- القواعد والفوائد، تحقيق عبد الهادي الحكيم، منشورات مكتبة المفيد، قم، (د.ت).
- عبد الباقي، محمد فؤاد، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، دار الحديث، القاهرة، 2001م.

- ابن عبر البرّ، أبو عمر يوسف، الاستذكار، تحقيق سالم محمّد عطا ومحمد علي معوّض، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 2000م.
- عبد الجبار، أبو الحسين، شرح الأصول الخمسة، تحقيق عبد الكريم عثمان، مكتبة وهبة، القاهرة، 1996م.
- عبد الرّازق، محمود إسماعيل، الخوارج في بلاد المغرب حتى منتصف القرن الرّابع الهجري، دار الثقافة، الدّار البيضاء، ط2، 1985م.
- ابن عبد السلام، عز الدّين، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق طه عبد الرّؤوف سعد، مكتبة الكلّيات الأزهرية، القاهرة، 1991م.
- عبد المنعم، محمود عبد الرحمن، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهيّة، دار الفضيلة، (د.ط)، (د.ت).
- عبيد الفتلاوي، صاحب، تأريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ط1، 1998م.
- أبو عبيدة، معمر بن المثنّى:
  - مجاز القرآن، تحقيق فؤاد سيزكين، القاهرة، مكتبة الخانجي، (د.ت).
  - كتاب النّقائض، تحقيق خليل عمران منصور، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1998م.
- العجم، رفيق، موسوعة مصطلحات علم أصول الفقه عند المسلمين، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط1، 1998م.
- ابن العربي، أبو بكر:
  - أحكام القرآن، تحقيق محمد عبد القادر محمد عطا، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط3، 2003م.
  - القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1992م.
- العريس، هلال، الاجتهاد والتقليد، مجلة الاجتهاد، بيروت، العدد9، السنة3، خريف 1990م، ص115-144.

- العسقلاني، ابن حجر، رفع الإصر عن قضاة مصر، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط1، 1988م.
- العلائي، صلاح الدين الكيكلدي، المجموع المذهب في قواعد المذهب، تحقيق مجيد العبيدي وأحمد خضير، دار عمّار، عمّان، ط1، 2004م.
- علي، جواد:
  - المفصّل في تاريخ العرب قبل الإسلام، جامعة بغداد، ط2، 1993م. (الجزآن 5 و6).
  - تاريخ الصلاة في الإسلام، مطبعة ضياء، بغداد، (د.ت).
- عليان، يوسف سليمان، «البعد التداولي عند الأصوليين: ابن قيم الجوزية في كتاب الفوائد أنموذجاً»، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدّراسات الإسلامية، العدد53، 1432هـ.
- عماد، عبد الغني، سوسيولوجيا الثقافة: المفاهيم والإشكاليات، من الحداثة إلى العولمة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006م.
- عمر، أحمد مختار، علم الدّلالة، دار عالم الكتب، القاهرة، ط5، 1998م.
- عياد، الحبيب، مقاصد الشريعة في كتاب الموافقات للشاطبي، بحث مرقون، في إطار شهادة الكفاءة في البحث، كليّة الآداب والعلوم الإنسانية، تونس، 1987م.
- بن عياد، محمّد، في المناهج التأويليّة، كلية الآداب والعلوم الإنسانيّة، وحدة البحث في المناهج التأويلية، صفاقس، 2012م.
- الغزالي، أبو حامد، تهافت الفلاسفة، تحقيق سليمان دنيا، دار المعارف، القاهرة، ط2، (د.ت).
- ابن فارس، أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللّغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ط1، 1979م.
- الفاسي، علّال، مقاصد الشريعة ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993م، ط3.

- أبو الفداء، إسماعيل، المختصر في أخبار البشر، المطبعة الحسنية المصريّة، القاهرة، ط1، (د.ت).
- ابن الفرّاء، أبو يعلى، الأحكام السلطانية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط2، 2000م.
- ابن فرحون، إبراهيم بن علي، تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكلّيات الأزهريّة، القاهرة، ط1، 1986م.
- فينسنك، أ.ي، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي، مكتبة بريل، ليدن، 1936م.
- فيشر، أوجيست، المعجم اللّغوي التّاريخي، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميريّة، القاهرة، ط1، 1967م.
- ابن قدامة المقدسي، أبو محمد عبد الله، المغني، مكتبة القاهرة، (د.ط)، 1968م.
- القرافي، شهاب الدّين، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، تحقيق عبد الفتاح أبو غدّة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط2، 1995م.
- القرطبي، شمس الدّين، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق سمير البخّاري، دار عالم الكتب، الرّياض، ط1، 2003م.
- القصاص، محمد مهدي، محاضرات في علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، بحث مرقون، كليّة الآداب جامعة المنصورة، (د.ت).
- القلقشندي، أحمد بن علي، صبح الأعشى في صناعة الإنشا، تحقيق يوسف الطويل، دار الفكر، دمشق، ط1، 1987م.
- قوته، عادل بن عبد القادر، العرف: حجيته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، المكتبة المكيّة، مكة المكرّمة، 1997م.
- ابن قيم الجوزية، عبد الله محمد، زاد المعاد، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، ط27، 1995م.
- الكاساني، أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط2، 1986م.

- كاستورياديس، كورنيليوس، تأسيس المجتمع تخييلياً، ترجمة ماهر الشريف، دار المدى للثقافة والنشر، دمشق، ط1.
- ابن كثير، الحافظ:
  - تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمّد السّلامة، دار طيبة، ط2، 1999م.
  - السيرة النبوية، تحقيق مصطفى عبد الواحد، دار المعرفة، بيروت، 1971م، ج1.
- الكفراوي، أسعد عبد الغني، الاستدلال عند الأصوليين، دار السلام، القاهرة، ط1، 2002م.
- كلاستر، بيار، مجتمع اللادولة، تعريب محمد حسين دكروب، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 1991م.
- كلاستر (بيار) وغوشيه (مارسيل)، أصل العنف والدّولة، تعريب علي حرب، دار الحداثة، بيروت، ط1، 1985م.
- كوك، مايكل، الأمر بالمعروف والنّهي عن المنكر في الفكر الإسلامي، تعريب رضوان السيّد وعبد الرحمن السّالمي وعمار الجلاصي، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2009م.
- كولسن، نوال، في تاريخ التشريع الإسلامي، ترجمة محمد أحمد سرّاج، المؤسّسة الجامعيّة للدراسات والنّشر والتوزيع، بيروت، 1992م.
- اللقاني، إبراهيم، منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى، تحقيق عبد الله الهلالي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميّة، المغرب، (د.ت).
- اللّكنوي، محمد عبد الحي، التعلّق الممجّد على موطّأ محمّد، تحقيق تقي الدّين النّووي، دار القلم، دمشق، ط4، (د.ت).
- لويد، دينيس، فكرة القانون، تعريب سليم الصويص، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون، الكويت، العدد47، تشرين الثاني/ نوفمبر 1981م.

- ابن ماجه، محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق محمود خليل، مكتبة أبي المعاطي، القاهرة، (د.ت).
- الماوردي، أبو الحسن:
  - الأحكام السلطانيّة، دار الحديث، القاهرة، (د.ت).
  - الحاوي في الفقه الشافعي، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1994م.
- المجدوب، عزّ الدين، مفهوم المسترسل، ضمن كتاب: المعنى وتشكّله، منشورات كليّة الآداب، منوبة، 2003م، ص754-798.
- المدبولي، جلال، الاجتماع الثقافي، دار الثقافة للطباعة والنّشر، القاهرة، 1979م.
- المرتضى، الشريف، رسائل الشريف المرتضى، المجموعة الأولى، تحقيق أحمد الحسيني، دار القرآن الكريم، قم، ط1، 1990م.
- المرزوقي، أبو يعرب، مفهوم السببية عند الغزالي، دار بوسلامة للنشر، ط1، 1978م.
- المزني، إسماعيل بن يحيى، مختصر المزني، تحقيق محمد زهري النّجار، دار المعرفة، بيروت، (ملحق بالجزء 8 من كتاب الأم للشافعي).
- المشري، البشير، الموروث وأثره في التشريع الإسلامي، دار الطليعة، بيروت، ط1، 2010م.
- المناوي، محمد عبد الرّؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق محمد رضوان الدّاية، بيروت، دار الفكر، ط1، 1410هـ.
- ابن منظور، أبو الفضل، لسان العرب، تحقيق هلال مصيلحي ومصطفى هلال، دار صادر، بيروت، ط1، 1990م.
- منيع القيسي، عودة الله، «نظريّة اللغة بين عبد القاهر الجرجاني وتشومسكي»، ضمن كتاب: العربية الفصحى، دار البداية، عمان، ط1، 2008م.

- ابن مودود الموصلي، عبد الله، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة، (د.ط)، 1937م.
- الموسى، نهاد:
  - نظريّة النّحو العربي في ضوء مناهج النّظر اللّغوي الحديث، المؤسسة العربية للدراسات والنّشر، بيروت، ط1، 1980م.
  - «الأعراف أو نحو اللسانيات الاجتماعيّة في العربيّة»، المجلّة العربيّة للدراسات اللغوية، الخرطوم، 1985م.
- مونتغمري، واط، الإسلام في المدينة، ترجمة شعبان بركات، المكتبة العصريّة للطباعة والنّشر، ط1، 1985م.
- ميلاد، خالد، الإنشاء في العربيّة بين التركيب والدّلالة: دراسة نحويّة تداوليّة، جامعة منوبة، تونس، ط1، 2001م.
- ابن نجيم، زين الدّين، الأشباه والنّظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1980م.
- الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط4، 1998م.
- النّسفي، حافظ، المستصفى: شرح لمختصر الفقه النافع لأبي القاسم محمّد بن يوسف السمرقندي، تحقيق أحمد بن محمد بن سعد الغامدي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1431-1432.
- النّفزاوي، شهاب الدين، الفواكه الدّواني على رسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1995م.
- النووي، أبو زكريا، المجموع: شرح المهذّب، دار الفكر، بيروت، (د.ت).
- النيسابوري، أبو الحسن، أسباب نزول القرآن، تحقيق عصام بن عبد المحسن الحميدان، دار الإصلاح، الدّمام، ط2، 1992م.

- هروخرونيه، كريستيان سنوك، صفحات من تاريخ مكة، تعريب علي عودة الشيخ، دارة الملك عبد العزيز، 1419هـ.
- ابن هشام، جمال الدّين، السيرة النبوية، تحقيق طه عبد الرّؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتّحدة، القاهرة، (د.ت).
- الهيثمي، حافظ، مجمع الزّوائد، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1992م.
- الورجلاني، أبو يعقوب:
  - العدل والإنصاف في معرفة أصول الفقه والاختلاف، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، (د.ط)، 1984م.
  - الدّليل والبرهان، المطبعة البارونيّة، القاهرة، (د.ط)، 1306هـ.
- وكيع، أبو بكر، أخبار القضاة، تحقيق مصطفى المراغي، المكتبة التجاريّة، القاهرة، ط1، 1947م.
- ابن الوكيل، صدر الدّين، الأشباه والنّظائر، تحقيق أحمد بن محمّد الأنقري وعادل عبد الله الشويخ، مكتبة الرّشد، الرّياض، 1992م.
- الونشريسي، أحمد بن يحيى، المعيار المعرب، تحقيق محمّد حجّي، وزارة الأوقاف، الرّباط، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1980م.
- ياسين، عبد الجواد، الدّين والتدّين: التشريع والنصّ والاجتماع، دار التنوير، بيروت، ط1، 2012م.
- يفوت، سالم، حفريات المعرفة العربية الإسلامية، دار الطليعة، بيروت، ط1، 1990م.
- يوسف، ألفة، تعدّد المعنى في القرآن، دار سحر للنشر، تونس، كلية الآداب، منوبة، ط2، (د.ت).
- أبو يوسف، يعقوب:
  - الخراج، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد وسعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث، (د.ت).
  - الردّ على سير الأوزاعي، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ت).

- يونس، محمد علي، علم التخاطب الإسلامي، دار المدار الإسلامي، بيروت، ط1، 2006م.

2- في اللسان الأعجمي:

- ABDALLAH (Umar Faruq): MALIK'S Concept of AMAL in the light of Maliki legal theory (Ph.D. Diss. University of Chicago. 1978).
- AUDA (Jasser): MAQASID AL-SHARIAH as philosophy of Islamic Law, The International of Islamic Thought, London, Washington, 2007.
- BASTIDE (Rogre): «Anthropologie Religieuse», in: EncyclopÒdia Universalis, Corpus II, 1984, pp.271-275.
- BAUDRILLARD (Jean): "Modernité", EncyclopÒdia Universalis, Corpus 12, pp.424-426.
- BEIDELMAN (T.O): W. Robertson Smith and the Sociological Study of Religion, Chicago: University of Chicago Press, 1974.
- BERGERON (Carlo): The concept of Causality in ABU HAMID Al-GHAZALI'S TAHAFUT Al-FALASIFAH, Ph. D. diss, University of Wisconsin -Madison, 1982.
- BOTIVEAU (Bernard): Loi Islamique et Droit dans les Sociétés arabes, Paris, Karthala, IREMAM.
    - Droit Islamique: Du politique à l'anthropologique, in Droit et Société. No: 15.1990, pp.181-192.
- BOUSQUET (G.H): "ADA", Encyclopédie de l'Islam, Leiden: Brill, 1990, pp.174-179.
- Burton (John): The Collection of the Quran, Cambridge University Press, 1977.
- CAHEN (Claude): "KHARAJ", Encyclopédie de l'Islam, T 4, pp. 1062-1066.
- CALMAR (J): «MUJTAHID», Encyclopédie de L'Islam, (Version Electronique), Brill online, 2014.
- CHELHOD (Joseph): La place de la coutume dans le Fiqh primitif et sa permanence dans les Sociétés arabes à tradition Orale, Studia Islamica, No 64, (1986), pp.19-37.

- CHOMSKY (Noam): Structures Syntaxiques, Traduit par Michel Braudeau, Edition Seuil, 1969.
- CRONE (Patricia): Roman, Provincial and Islamic Law, Cambridge University Press, 1987.
- DUCROT (Oswald)/TODOROV (Tzvetan): Dictionnaire encyclopédique des sciences du Language, Editions Seuil, 1972.
- FISHMEN (J.A): The sociology of language, In Society Rowley, New buys House, 1972.
- GHESTIN (Jaques) et GOUBEAU (Gilles): Traité de Droit Civil, Introduction Générale, Paris, L.G.D.J, 1972.
- GOLDZIHER (Ignaz): Introduction to Islamic Theory and Law, Translated by Andras and Ruth Hamori, Princeton University Press, Newjesy, 1981.
  - Muslim Studies, London, Allen and Unwin, 1967.
- GOUTIER (Fredéric): "Habitus", Encyclopaedia Universalis, Version Electronique, 2012.
- HALLAQ (Wael): An Introduction of Islamic Law, Cambridge University Press, 2009.
  - SHARIAH: Theory, Practice, Transformations, Cambridge University Press, 2009.
  - "From FATAWAS to FURU: Growth and Change in Islamic Substantive Law", Islamic Law and Society, Vol.1.No 1994, pp.29-65.
  - "Notes on Term QUARINA in Islamic legal discourse, Journal of the American Oriental Society, Vol.108. No 3. (Jul-Sep 1988), pp.475-480.
  - "TAKHRIJ and the construction of Juristic Authority", in: Studies in Islamic Legal Theory, Ed. Bernard Weiss, (Leiden: Brill, 2002).
  - "was the gate of IDJTIHAD closed", in International Journal of Middle East Studies, Vol. 16, No. 1 (Mar. 1984), pp.3-41.
- HASAN (Ahmad): The early Development of Islamic Jurisprudence, Islamabad: Islamic Research Institute, 1970.

- HEINRICHS (Wolfhart): "QAWAID as a genre of legal literature», in Studies in Islamic Legal Theory, ed. Bernard Weiss, Leiden, Brill, 2002, pp.365-385.
- HURGRONGE (Christian Snouck): Mohammedanism Lectures on its Origins, its Religious and Political Growth, and its Present State, New York: Putnam's sons, 1916.
  - Selected Works of C. Snouck Hurgronje, Edited by, G.H. Bousquet and J.Schacht, Leiden: Brill, 1957.
  - The Achehnese, Leiden: Brill, 1906.
- JOHANSEN (Baber): "Casuistry: Between Legal concept and Social Praxis", Islamic Law and Society, Vol.2, 1995, pp.135-156.
  - Coutumes locales et coutumes universelles aux sources des règles juridiques en droit musulman hanéfite, in Annales Islamologiques, XXVII.1993, pp.29-35.
- KHADDOURI (M): «MASLAHA», Encyclopédie de L'Islam, T 6. pp.727-729.
- KAMALI (Mohamed Hashim): "Legal Maxims and other Genres of literature in Islamic Jurisprudence", In: Arab Law quarterly, Vol. 20. No. 1. 2006.
- KLETZER (Christoph): Custom and Positivity: An Examination of the philosophic Ground of the Hegel-Savigny controversy in the Nature Of Customary Law, eds, Cambridge University Press, 2007.
- LAMENS (Henri): La Mecque à la veille de l'hégire, Imprimerie Catholique Beyrouth, 1924.
- LEVI-STRAUSS (Claude): Les structures élémentaires de la parenté, Paris, Mouton, 1967.
- LIBSON (Gideon): Jewish and Islamic Law, A comparative Study of Custom during the Geonic period, Cambridge, Harvard University Press, 2003.
  - "On the Development of Custom as Source of Law in Islamic Law", Islamic Law and Society, Vol. 4.No 2, 1997.
- MACDONALD (D.B): «IDJTIHAD», Encyclopédie de l'Islam, T 3. pp.1052-1053.

- MAKDISI (John), "Legal Logic and Equity in Islamic Law", The American Journal of Comparative Law, Vol.33, No.1. Winter 1985, pp.63-92.
- MALINOWSKI (Bornislaw): Mœurs et Coutumes de Mélanésiens, Traduit par: S. Jankélévitch, Editions Payot, 1993.
- MANTAZAVINOS (C.): Le cercle herméneutique: de quel type s'agit-il?, in: L'année sociologique vol.63 /2013-no 2, pp.509-526.
- MASSUD (Mohammed Khalid): "The significance of ISTIFTA in the Fatwa Discourse, Islamic Studies, Vol.48. No 3. Autumn 2009.
- MESHONNIC (Henri): Modernité Modernité, Paris, Gallimard, coll. Folio essais, 2005.
- MERON (Yaakov): "Points de contact des droits Juif et Musulman", Studia Islamica, No 60 (1984), pp.83-117.
- MORIN (Edgar): La Nature de la nature, Editions Seuil, 1997.
- MULLER (Friedrich): "preface to Chips from a German Wood shop" in: Thinking about Religion, A reader, ed. Ivan Strenski, Oxford: Blackwell Publishing, 2006.
- NIETZSCHE (Friedrich): Généalogie de la morale, Gallimard, Paris, 1975.
- ORTIGUEŚ Edmondȁ¤ Religions du Livre, Religions De la Coutume, Paris, Les éditions de Sycomore, 1981.
- PARRET (R.): "ISTIHSAN ET ISTISLAH", Encyclopédie de l'Islam, T.4., pp.268-270.
- RAHMAN (Fazlur): Islamic Methodology in History, Kratchi: Central Institute Of Islamic Research, 1965, 6, 23.
- Robertson smith (William): Lectures and Essays of William Robertson Smith, eds, John Sutherland Black and George Chrystal, London: A and C.Black, 1912.
- ROUHETTE (Annie): Coutumier (Droit), EncyclopÒdia Universalis, Corpus 5, pp.653-656.
- ROULAND (Norbert): Anthropologie Juridique, Puf, 1988.
- SALEILLES (R): les Piae Causae dans le droit de Justinien, L. Larose et Forcel, 1907.

- SCHACHT (Joseph): Esquisse d'une Histoire du Droit Musulman, Paris, 1952.
  - Introduction au Droit Musulman, Traduit par: Paul Kempf et Abdel Majid Tourki, Maisonneuve et Larose, 1999.
  - The Origins of Muhammadan Jurisprudence, Oxford University Press, 1959.
  - "KISAS", Encyclopédie de l'Islam, T.5., pp.174-177.
  - «RIBA», Encyclopédie de l'Islam, T.8., pp.508-510.
- SHABANA (Ayman): Custom in Islamic Law and Legal Theory, The Development of the concepts Urf and Adah in the Islamic Legal Tradition, Palgrave Macmillan, New York, 2010.
- STEWART (F.H): «URF», Encyclopédie de l'Islam, T 10., pp. 959-962.
- TOUATI (Houari): La loi et l'écriture, FIQH, URF et Société au Maghreb d'après les AJWIBA d'Ibn Nasir (m1085/1674), Annales Islamologique n: 27.1993., pp.93-108.
- TRILLER (Mathieu): Les Cadis d'Iraq et l'Etat Abbasside, Damas, Institut Français de Proche Orient, 2009.
- TYAN Emilè¤ «DIYA», Encyclopédie de l'Islam, T.2., pp.350-352.
  - " Fatwa", Encyclopédie de l'Islam, T.2., pp. 886- 887.
- WAADENBROUGH (Jaques): Classical Approaches to the Study of Religion, Berlin, Walter de Gruyter, 1999.
- WAKIN (Jeanette): Remembering Joseph Schacht (1902-1969), Cambridge Legal Studies Program, Harvard Law School, 2003.
- WANSBROUGH (John): Quranic Studies: Sources and Methods of Scriptural Interpretation, Oxford, Oxford University Press, 1977.
- WOLFSON (Harry): The Philosophy of Kalam, Cambridge, Harvard University Press, 1976.
- ZANDA (Simonetta): L'application judiciaire du droit international coutumier -Etude comparée de la pratique européenne, Publications de l'institut suisse de droit comparé, Zürich 2000.

الفهرس

✲ ✲ ✲

لا تنشغل المقاربة المفترضة لهذا البحث بمسار تطور التفكير في المسألة فحسب، بل تبحث في مختلف العوامل الفاعلة التي أسهمت في صياغتها ضمن تصوّر أصولي تاريخي وإنساني لسلطة العرف على التشريع الإسلامي. ولذلك إذا كان بحثنا مقيّداً بمنهج تاريخي يدرس المفهوم وتجلّياته في المدونة انطلاقاً من النشأة والتأسيس مروراً بمراحل التحوّل إلى حدود استقراره وثباته ورسوخه، فإنّه لا يعني البتة الوقوع في سردية عرض الآراء بمعزل عن التحليل الذي يراعي المكونات الثقافية المساهمة في بلورة رؤية كانت تتشكّل تدريجياً ضمن الدّائرة التأويلية الخاصة بها.

.... إن الغاية المرجوة من هذا البحث -وإن كانت تحوم حول إعادة النّظر في بعض المسلمات الراسخة في مباحث الفكر الإسلامي التي طغت عليها المقاربات التمجيدية والتبجيلية والتبريرية، وأسهمت من حيث لا تدري في شيوع الكثير من المغالطات حول التراث والفكر الأصولي- تسعى إلى إماطة اللّثام عن دور الأصوليين في تحيين منظومتهم وتعديلها باستمرار في ضوء التحوّلات دون المساس بجوهرها المتفق عليه سلفاً. ومن هنا يرد مثال العرف مجسّداً لهذا العمل. فقد عرف مفهومه تحوّلات وشهدت طريقة التعامل معه تنوعاً. وكشف من خلال ذلك عن دوره الخفي والمؤثّر في جعل الشريعة تواكب التحولات التّاريخية عمليّاً، على الرغم من احتفاظها بقوالبها النّظريّة الجاهزة. وقد يكون ذلك سبباً من أسباب ظهور المواقف المتناقضة أحياناً عند البعض حينما يقدمون العرف أو المصلحة على النصّ في بعض اجتهاداتهم وفتاويهم وأحكامهم.

سامي الرياحي: باحث تونسي متخصص في الحضارة العربية الإسلامية


ISBN 978-9953-64-030-3

